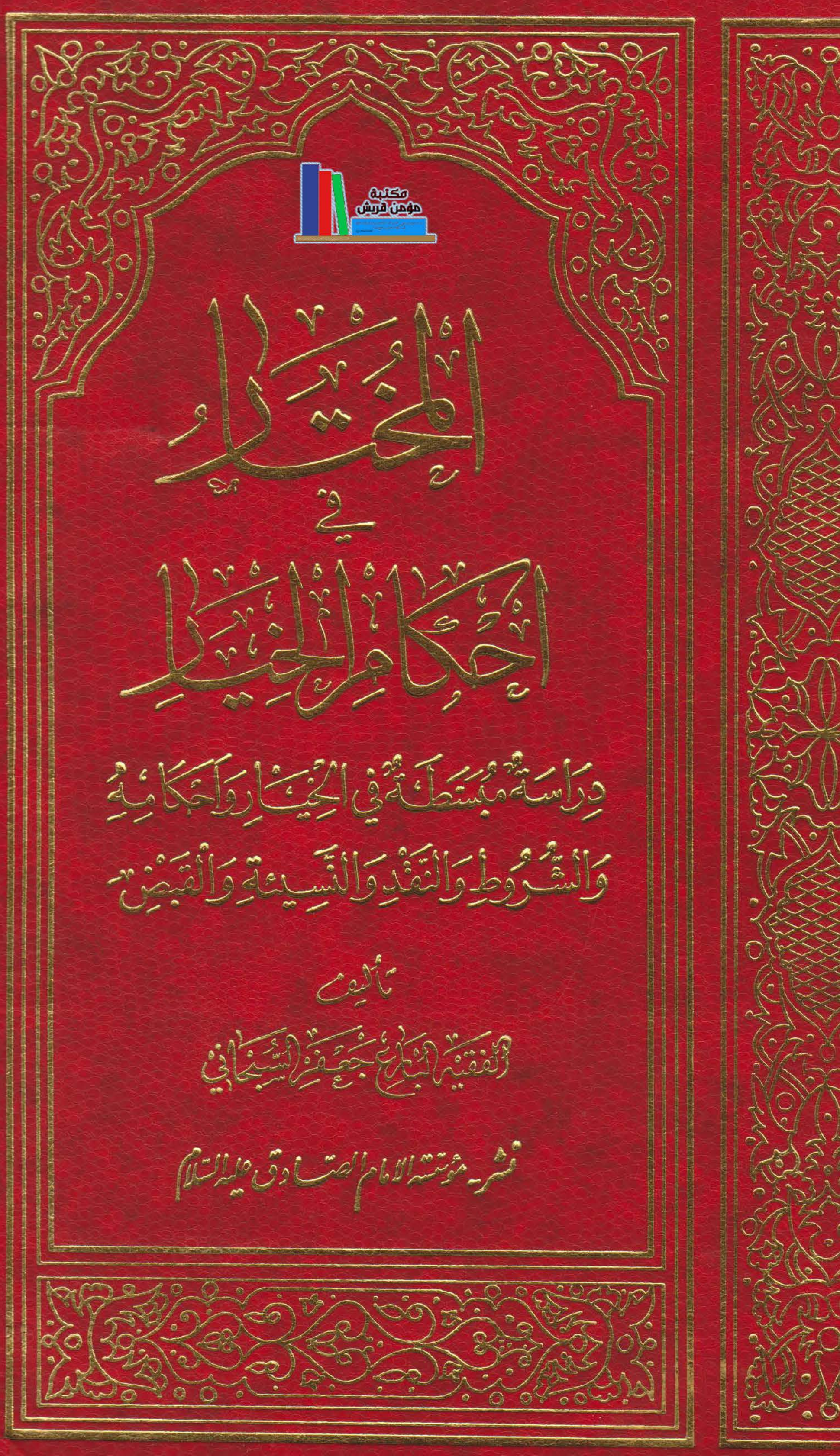

مكتبة مؤمن قريش
المختار
في
أحكام الخيار
دراسة مبسطة في الخيار وأحكامه
والشروط والنقد والنسيئة والقبض
تأليف
الفقيه البارع جعفر السبحاني
نشر مؤسسة الامام الصادق عليه السلام



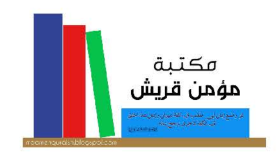
دراسة مبسطة في الخيار وأحكامه
والشروط والنقد والنسيئة والقبض

تأليف

الفقيه البارع
جعفر السبحاني

نشر مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام للتحقيق والتأليف

قم - ايران



هويـة الكتـاب

- اسم الكتـاب: المختـار في أحكـام الخيـار
- الموضــــوع: المعـامـلات قـسم الخيـارات
- تـأليــف: .... جعفـر السبحـاني
- المطبعـــة: .... اعتماد ـ قم
- التـاريـخ: .... عام ١٤١٤ هـ
- الكميــــة: ٣٠٠٠ نسخة
- النـــاشر: مؤسسة الإمـام الصادق ـ عليه السلام ـ للتحقيق والتأليف
- الصفّ والإخراج باللاينوترون: .... مؤسسـة الإمام الصـادق ـ عليه السّلام ـ قـم

توزيع

مكتبة التوحيد

قم ـ ساحة الشهداء ـ ☎ ٢٣١٥١

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد للهِ ربِّ العالمين

والصلاة والسلام على خاتم رسله وآخر سفرائه وأمينه على وحيه وصفيّه من عباده امام الرحمة، وقائد الخير، ومفتاح البركة، وعلى آله حجج الله في أرضه الذين ختم بهم على جميع من ذرأ وجعلهم شهداء على من جحد، وكثّرهم بمنّه على من قلّ، صلاة دائمة ما دامت السماء ذات أبراج والأرض ذات فجاج [1].

أمّا بعد: فقد طلب منّي حضّار بحوثي الفقهية الكرام، القاءَ محاضرات في أحكام المعاملات ـ وذلك بعد إنهاء البحث ـ عن أحكام النكاح والطلاق والفرائض (الأحوال الشخصية)، فلبّيت طلبهم، ونزلت عند رغبتهم، فاخترت أحكام الخيارات على ضوء ما أفاده الشيخ الأعظم الأنصاري ـ قدّس الله سرّه ـ ملتزماً بالبحث عن الأهمّ فالأهمّ، معرضاً عمّا لا يمسُّ الحياة، ولا يمتُّ إلى الفقه بصلة.

١ـ مقتبس من دعاء الإمام زين العابدين ـ عليه السلام ـ في الصحيفة، الدعاء ٢.

وتشتمل هذه الصحائف على لبِّ ما ألقيته في المحاضرات وأرجو أن تكون رصيداً لبغاة الفقه الإسلامي، ومصباحاً لمن يريد أن يسلك طريقه ويقتطف ثماره ...

وتتميز هذه المحاضرات بأُمور ثلاثة:

١ ـ إنّ رائدنا في عنوان المسائل وتنظيمها، هو كتاب الشيخ الأعظم الأنصاري في الخيارات وأحكامها والشروط والنقد والنسيئة والقبض ـ فلذلك مشينا على ضوئه ترتيباً وعنونة ـ واقتفينا أثره بتوضيح مقاصده تارة، ونقدها أُخرى بتعابير خالية عن التعقيد.

٢ ـ لما كان للمشايخ العظام ـ الذين جاءوا بعده وتربّوا في أحضانه، وارتووا من منهل علمه ـ آراء وأفكار جديدة فيها فقد عطفنا النظر إليها أيضاً، وقمنا بتحليلها با لمشراط العلمي ـ فلذلك ـ ترى بعض المواضع طويلة الذيل، مترامية الأطراف.

٣ ـ الالماع إلى آراء المتقدمين من الفقهاء حتى يتبين للناظر مسير المسألة تاريخياً وتتخذ المحاضرات لنفسها صبغة الفقه المقارن حتى ينتفع بها القارئ الكريم.

والله الهادي إلى سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل

قم ـ مؤسسة الإمام الصادق

جعفر السبحاني

٦ ـ ربيع الأوّل من شهور عام ١٤١٣

الفصل الأوّل

الخيار لغة واصطلاحاً

- ❑ الأصل في البيع اللزوم.
- ❑ ما هو الدليل على هذا الأصل في الكتاب والسنّة.
- ❑ الاستدلال بالأصل على اللزوم.
- ❑ الأصل المعارض لهذا الأصل.

الخيار لغة واصطلاحاً

الخيـار اسم مصدر مـن الاختيار، نـصّ به الجوهـري في الصحاح، وقـال: الخيار: الاسم من الاختيـار، وتبعه ابن منظور في لسـان العرب، والفيروز آبادي في القاموس، والزبيدي في تاج العـروس، ويظهر أيضاً من النهاية الأثيرية في تفسير قوله: «البيّعـان بالخيار ما لم يفترقـا» فقال: الخيار: الاسم من الاختيـار، وهو طلب خير الأمرين: إمّا امضاء البيع أو فسخه.

ولعلّ وجهه هو أنّ المصدر الثلاثي من الفعل المزيد فيه، يكون اسم مصدر لا نفسه، مثل قوله: طلّق طلاقاً، أو اغتسل غُسلاً، وفي المقام: اختار خياراً.

وأمّا معنـاه لغة: فـالظاهـر أنّه بمعنى الاصطفـاء. قال سبحـانه: ﴿وَاخْتار موسـى قَومَـهُ سَبعينَ رَجلاً لِميقـاتِنا﴾ (الأعـراف / ١٥٥) وقـال: ﴿وَأنَا اخْتَرتُكَ فاسْتَمِعْ لِمَـا يُوحى﴾ (طه/ ١٣) ومثلها آيات أُخر [1].

فإذا كان الخيـار بمعنى الترجيح فهو من مقدّمـات الارادة بعد تصوّر المراد والتصـديق بملائمتـه للطبع أو العقـل، أي ترجيحـه ثم الاشتيـاق إلى ايجاده، ثمّ التصميم.

فعلى ذلك فـالمعنى اللغـوي منه يغـاير المعنى المعـروف بين الفقهاء، فهـو عندهم بمعنى حـقّ الخيار، وحقّ الاصطفاء، لا الاختيار والانتخـاب، فلا مناص عن القول بـالنقل عن المعنى اللغـوي إلى المعنى الاصطلاحي وهـو حقّ الترجيح وحق الاصطفاء.

١ـ القصص/ ٦٨، الدخان/ ٣٢.

تعريف الخيار:

عرّف الخيار المصطلح بوجوه:

ألف ـ الخيار: هو حقّ الاصطفاء من الفسخ وعدمه، وإن شئت قلت: سلطنة ذي الخيار على الفسخ، فالخيار من مقولة «الحق» وهو سلطنة خاصة للعاقد على تعيين أحد الطرفين.

ب ـ الخيار: هو ملك فسخ العقد. وهو المنقول عن «فخر المحقّقين»[1].

واعترض عليه بأنّه غير جامع ولا مانع. أمّا الأوّل فلخروج الخيار الثابت في مورد المحجور عليه كالسفيه والمجنون، إذ لا سلطنة لهما على فسخ العقد.

وأمّا الثاني فلدخول موارد في التعريف مع أنّها ليست من الخيار المصطلح، أعني:

١ـ ملك الفسخ في العقود الجائزة.

٢ـ ملك الفسخ في العقد الفضولي.

٣ـ ملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث.

٤ـ ملك العمّة والخالة لفسخ العقد على بنت الأخ والأُخت.

٥ـ ملك الأمة المزوّجة من عبد، فسخ العقد إذا أُعتقت.

٦ـ ملك كلٍ من الزوجين للفسخ بالعيوب.

١ـ نسبه الشيخ الأنصاري إلى موضع من الايضاح ولم نجده في الموضع المعدّ لبيانه، لاحظ: ايضاح القواعد: ١/ ٤٨٠.

يلاحظ على الأوّل: بأنّه داخل في التعريف، إذ السلطنة ثابتة للمحجور عليه، وهو مالك لزمام العقد لكنّه لا يقوم به بنفسه، بل يقوم به غيره، وليس التعريف ظاهراً في كون صاحب السلطنة قائماً بنفسه بإعمالها، وبعبارة أُخرى: المحجور عليه، يملك فسخ العقد، ولكنّه ينوب عنه وليّه، كسائر التصرّفات التي فيها غبطة المحجور عليه فيقوم به وليّه.

ويلاحظ على الثاني: بأنّه تختلف أحكام هذه الموارد. أمّا الأوّلان: فلا يدخلان فيه وذلك لأنّ المراد من ملك الفسخ هو السلطة عليه، الحاصلة من العقد، النابعة منه، بمعنى أن يكون العقد سبباً للسلطة كما في خياري المجلس والحيوان وغيرهما. وأمّا ملك الفسخ في العقود الجائزة والعقد الفضولي: فليس نابعاً من عقد العارية أو عقد الفضولي، وإنّما هو نابع من ملكيّة المعير للمستعار، وملكية المالك لماله المبيع بغير اذنه، وبعبارة أُخرى: انّ قوله: «ملك فسخ العقد» هو السلطة الابتدائية الحاصلة بالعقد والسلطة في الموردين ليست ابتدائية، بل ثابتة قبل العقد، لعدم انقطاع العلقة بين المالك وماله، لا في العقود الجائزة ولا في البيع الفضولي.

وأمّا المتوسّطان: فلأنّ المتبادر من ملك فسخ العقد هو تملّك العاقد فسخ عقده كما في الخيارات المعروفة، والأمر فيهما ليس كذلك بل الزوجة مالكة لفسخ عقد زوجها، كما أنّ الوارث مالك لفسخ عقد المورّث، فيما زاد على الثلث، فمثل ذلك غير داخل في التعريف حتى يحتاج إلى الاخراج، وإن شئت قلت: المتبادر ملك فسخ عقد نفسه لا عقد غيره.

وأمّا الأخيران: فلا وجه لاخراجهما فكلّ من الزوج والزوجة ذو خيار عند

ظهور العيوب المجوِّزة للفسخ، كما أنّ الأمة المزوّجة من عبد ذات خيار، إذا أُعتقت. فتلخّص أنّ التعريف جامع ومانع وهو عبارة أُخرى عمّا اخترناه من التعريف من السلطنة على الفسخ وعدمه.

ج ـ الخيار: هو ملك إقرار العقد و إزالته.

وأورد عليه الشيخ: بأنّ المراد من اقرار العقد إمّا ابقاؤه على حاله بترك الفسخ، أو جعله عقداً لازماً غير قابل للفسخ.

فعلى الأوّل، فذكره مستدرك لكفاية قوله «ملك ازالته» عن ذكر اقرار العقد وابقاؤه على حاله، لأنّ من يملك الازالة، يملك الابقاء على حاله.

وعلى الثاني، يكون مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار، لأنّ جعل العقد لازماً غير قابل للانفساخ، لا يتحقّق إلاّ بإسقاط حقّ الخيار، فلا يؤخذ مثله في تعريف نفس الخيار.

أضف إلى ذلك: أنّه لا يصدق التعريف ـ على الاحتمال الثاني ـ إلاّ على الخيار القائم بطرف واحد لا الخيار المشترك، إذ باسقاطه لا يصير العقد عقداً لازماً إلاّ من طرفه لا مطلقاً مع أنّ ظاهر التعريف كونه لازماً مطلقاً.

يلاحظ على الأوّل: بأنّ كلّ واحد من القيدين يغني عن الآخر، فملك اقرار العقد يلازم ملك ازالته كما أنّ ملك الازالة يلازم ملك الاقرار، فعلى ذلك، فليس الاستدراك منحصراً في لفظ اقرار العقد، بل ذكر كلّ واحد، يوجب استدراك الآخر.

ومع ذلك كلّه لا يعد مثل ذلك استدراكاً إذا كان الهدف هو التعريف بصورة واضحة.

وأمّا الثاني أعني: جعل العقد لازماً و غير قابل للفسخ، فليس مرجعه إلى اسقاط حقّ الخيار بل إلى جعل العقد عقداً لازماً غير قابل للفسخ، فلا يلزم من تفسيره بالمعنى الثاني أخذ إسقاط الخيار في تعريف الخيار، غاية الأمر أنّ الاسقاط سبب لجعله لازماً لا نفسه.

والشاهد على ذلك: أنّك لو عرّفت الخيار بما ذكر، لا يكون مخالفاً لما هو المتبادر من الخيار عند العقلاء، بخلاف ما لو فسّرت بقولك: «الخيار هو اسقاط حقّ الخيار».

وأمّا ما أُفيد أخيراً من ظهوره في جعله لازماً مطلقاً من كلا الطرفين، فليس التعريف ظاهراً فيه بل المتبادر هو الأعم منه ومن اللزوم النسبي.

ثمّ إنّ المتبادر من الروايات في تفسير الخيار هو التعريف الأوّل والثاني.

قال ﷺ: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»[1] فمعناه أنّ له السلطة على انتخاب أحد الطرفين إلى أن يفترقا وبعده لاسلطنة له.

وفي رواية الحلبي ... فإذا افترقا وجب البيع [2].

وروى الصفار عن أبي محمد ـ عليه السلام ـ في الدابّة التي أحدث فيها المشتري حدثاً من أخذ الحافر وغيره، أنّه ـ عليه السلام ـ وقّع: «إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء»[3]. وجه الدلالة أنّه إذا كان البيع بمعنى العقد متعلقاً للّزوم يكون العقد متعلقاً للخيار أيضاً.

❁ ❁ ❁

١ و ٢ـ الوسائل: ١٢، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٣ ـ ٤.
٣ـ المصدر نفسه: الباب الرابع، الحديث ٢.

الأصل في البيع اللزوم

قال العلاّمة في التذكرة: الأصل في البيع اللزوم [1].

ما هو المراد من «الأصل» في المقام؟ قد ذكرت عدّة احتمالات:

١ـ الراجح: مستنداً في تصحيحه إلى الغلبة.

وأورد عليه: أنّه إن أراد غلبة الأفراد فغالبها ينعقد جائزاً لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط.

وإن أراد الغلبة من حيث الزمان فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكة لأنّ الفرد المشكوك من البيع، مشكوك من أوّل وجوده وأنّه هل هو جائز أو لازم، فلا يفيده كون البيع في أغلب الأزمنة لازماً.

٢ـ القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك.

٣ـ الاستصحاب: أي استصحاب بقاء أثر العقد بعد الفسخ.

٤ـ المعنى اللغوي: بمعنى أنّ وضع البيع وأساسه عرفاً على اللزوم وصيرورة المالك الأوّل كالأجنبي، فإنّ لكلّ معاملة في نظر العقلاء طبعاً خاصاً، فطبيعة العارية هو الجواز لأنّ المعير لم يقطع علاقته عن ماله، وإنّما دفعه إلى المستعير

١ـ التذكرة: ١/ ٤٩٠، ايضاح الفوائد في شرح القواعد: ١/ ٤٨٠.

ليقضي به حاجته ثم يردّه إلى صاحبه، بخلاف طبيعة الوقف فإنّها عبارة عن قطع المالك علقته عن الموقوف، وادخاله في سلطة الموقوف عليهم، ومثله البيع فإنّ غرض كل من المتعاقدين هوَ التصرّف فيما صار إليه تصرّفاً مأموناً من نقض صاحبه عليه.

وبعبارة أُخرى: أنّ كلاًّ من البائع والمشتري إنّما يُقدم على البيع لأن يقضي بالثمن أو المثمن، حاجته التي لا تقضىٰ إلاّ أن يكون مالكاً له على وجه، تنقطع به سلطة البائع، فالمشتري ــ مثلاً ــ يريد أن يشتري بيتاً ويسكن فيه وتحصل له الطمأنينة من أزمة المسكن بحيث لا تكون للبائع سلطة الرد وتعود المشكلة، أو يريد أن يجعله صداقاً لامرأته أو غير ذلك من الأُمور التي تقتضي بطبعها كون البيع عقداً لازماً.

ولعلّ هذا الوجه أحسنها وأطبقها على عبارة التذكرة، بل هو كاف في اثبات اللزوم للبيع في موارد الشك من دون حاجة إلى التجشّمات التي ارتكبها الشيخ في أوّل البيع. وفي المقام، فإذا كانت طبيعة البيع في نظر العرف مقتضية للّزوم وقد أمضاه الشارع بما له هذه الطبيعة، فهو المحكّم في الموارد المشكوكة حتى يدل دليل على خلافه كما هو الحال قبل التفرّق ، وبالجملة: الأُولى دراسة طبائع المعاملات وخصائصها ونتائجها عند العرف حتى نقضي على أنّ الأصل ما هو، ومن المعلوم أنها بهذا الوصف، وقع مورد التصويب والامضاء، فما لم يدل دليل على خلافه يؤخذ بالمعنى المتبادر عند العرف.

ثمّ إنّ العلاّمة ذكر أنّه يُخرَجُ من هذا الأصل بأمرين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب. ويحتمل أن يكون العطف من باب عطف الخاص على العام كما يحتمل أن

يكون من بـاب عطف المباين على المبـاين، وأنّ المراد من المعطوف عليه، مـا كان ثابتـاً بأصل الشرع أو بجعل المتعاقديـن، ومن المعطوف ما اقتضى نفس المعـاملة كما إذا كان أحد العـوضين معيباً. وهناك وجه ثالث، وهـو: أنّ وجه التفكيك بين خيار العيب وسـائر الخيارات، هو أنّ الثابت في الثـاني هو الفسخ فقط وفي الأوّل الفسخ والارش معاً.

ما هو الدليل على أنّ الأصل هو اللزوم:

استدلّ الشيخ عليه بآيات وروايات، نذكر المهم منها:

١ـ آية الوفاء بالعقود:

قال سبحـانه: ﴿**يـا أَيُّها الَّـذِينَ آمَنـوا أَوفُـوا بـالعُقـودِ أُحِلَّـت لَكُمْ بهيمـةُ الأنعام**﴾[1].

وجه الـدلالة: أنّ المراد بـوجوب الوفـاء، العمل بما اقتضاه العقـد في نفسه بحسب الدلالة اللفظية، ومن المعلوم أنّ مدلول عقد البيع حسب الدلالة اللفظية هو مـالكية المشتري للمثمـن، فيجب حسب الآية، العمـل بما تقتضيه مـالكيته، فكما أنّ أخذه من يده بغير رضاه والتصرّف فيه، نقض لمضمون ذلك العقد، فهكذا التصرّفات الواقعة بعد فسخ المتصرّف من دون رضا صاحبه، حرام. فمدلول الآية حسب الـدلالة المطابقيـة، حرمة كـلّ تصرّف يعد نقضاً لمالكيـة المشتري للمثمن سواء أكـان قبل الفسخ كما هو المسلَّم أو بعـد الفسخ كما هو مـورد البحث، فإذا

١ـ المائدة / ١.

حرم التصرّف، كشف عن بطلان الفسخ وهو ملازم للزوم البيع، فمدلول الآية حكم تكليفي وهو حرمة كل تصرّف يُعَد نقضاً فينتَزعُ منه حكم وضعي وهو بطلان الفسخ المساوي للّزوم.

أُوردَ على الاستدلال بالآية بما يلي:

إنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد، العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز، فلا يتمّ الاستدلال به على اللزوم لأنّه لم يحرز ـ بعدُ ـ أنّ مفاد العقد في البيع، هو اللزوم. وبعبارة أُخرى: الآية تقضي بأنّه يجب العمل على طبق العهد والعقد، فلو كان العقد لازماً تجب الحركة على طبقه، وإن كان جائزاً تجب كذلك، وهذا مثل ما يقال: يجب العمل بالأحكام الشرعية، فيدخل تحته العمل بالواجبات والمستحبّات.

فأجاب عنه الشيخ: إنّ اللزوم والجواز من الأحكام الشرعية للعقد وليسا من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع، فالذي يجب الوفاء به ما هو مقتضاه حسب الدلالة اللفظية، وما يدل عليه العقد بهذه الدلالة هو مالكية المشتري للمثمن فيجب الوفاء بها والاحترام لها، وأمّا الوجوب واللزوم فخارجان عن مفاد العقد فيخرج عن اطار وجوب الوفاء.

هذا توضيح ما أفاده الشيخ:

يلاحظ على أصل الاستدلال أوّلاً: بالفرق بين التصرّف قبل الفسخ والتصرّف بعده، فالأوّل حرام بحكم الآية لأنّه نقض لمضمون العقد المتحقّق فعلاً على وجه القطع، وأمّا الثاني فبما أنّ العقد مشكوك البقاء بعد الفسخ لاحتمال كون البيع عقداً جائزاً يجوز حلّه، فلا يصحّ لنا القول بأنّه نقض للوفاء بالعقد، لأنّ

العقد بعدُ مشكوك، والتمسّك بالآية في هذا الظرف تمسّك بالعام في الشبهة المصداقية.

وبعبارة أُخرى: أنّ وجوب الوفاء بالعقد فرع وجوده، فهو بعد مشكوك ولا يحرز إلاّ بالاستصحاب، والمفروض الاستدلال بالآية لا به، و سيجيئ البحث عنه مستقلاًّ.

وثانياً: أنّ الوفاء بالعقد والعهد يتصوّر على وجهين: آنيّ واستمراريّ، إذ يتصوّر للعقد، تارة وفاء استمراري كما إذا نذر صلاة الليل في كل ليلة أو نذر ألاّ يشرب التبغ إلى سنة، ففي هذه الصورة يكون كل زمان موضوعاً للوفاء بالعقد والعهد، فلو صلّى شهراً وتركها شهراً، فقد نقض عهده ولم يف بعقده.

وأُخرى وفاء آنيّ كما في البيع، فإنّ من باع شيئاً بشيء فالوفاء به عبارة عن تمليك المثمن وتملّك الثمن، فإذا قاما بهذا الأمر فقد وفيا بالعقد، وليس بعده موضوع حتى يجب الوفاء به، حتى ولو نزع المثمن من يد المشتري جبراً وظلماً بعدما دفع إليه اختياراً ففي هذا الوقت، ارتكب الحرام وغصب مال الناس، لا أنّه نقض عهده ولم يف بعقده.

وبذلك يظهر ضعف ما أفاده أحد السادة ـ قدّس سرّه ـ حيث قال: إنّ معنى الوفاء يختلف باختلاف متعلّقه، فإن تعلّق بفعل، كان بمعنى إيجاده كالوفاء بالوعد، و إن تعلّق بموجود، كان بمعنى ترتيب الآثار عليه كالوفاء بالعقد حيث إنّه موجود قد وجد بانشائه. إلاّ أنّ اطلاق الأمر به بأيّ معنى كان، وعدم تقييده بقيد «ما لم يفسخ» يوجب ظهوره عرفاً في عدم انحلاله وانفساخه بحلّ العقد وفسخه من دون رضا المعقود له كما أنّ اطلاق «أُوفوا بالعقد والنذر والشرط» يدل

على عدم انحلالها بحلّ العاهد والناذر والشارط من دون رضا المعهود له، والمنذور والمشروط له، وهو معنى اللزوم [1].

وجه الضعف هو الفرق الواضح بين الوفاء بالنذر والعهد، والوفاء بالعقد، فإنّ الوفاء في الأوّلين يتصوّر له استمرار، كما إذا كانت مدّة النذر سنة. وأمّا البيع فلا يتصوّر له مدّة وراء الزمن الذي اتّفقا عليه من كون المبادلة نقداً أو نسيئة أو سلفاً، فإذا قاما على ما عقدا عليه وتفرّقا وحصل القبض، فقد وفيا بعقدهما وحصل الامتثال وسقط الأمر لحصول الموضوع، فالوفاء بعد هذه المدّة خارج عن مدلول الآية.

ويلاحظ على ما ذكره الشيخ في دفع الاشكال على الاستدلال من التفكيك بين مضمون العقد وأحكامه والقول بأنّ ما يجب به الوفاء هو مضمون العقد لا أحكامه الشرعية والعرفية، بأنّه تفكيك عقلي لا يلتفت إليه العرف، إذ هو لا يميّز بين مضمون العقد (مالكية المشتري) وأحكامه من لزوم البيع وجوازه، فما ذكره ـ قدّس سرّه ـ من أنّ اللزوم والجواز من الأحكام الشرعيّة للعقد وليس من مقتضيات العقد، مع قطع النظر عن حكم الشارع وإن كان صحيحاً لكن العرف لا يميّز بينهما. فعندئذ يصحّ ما نقله من الاعتراض من أنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد هو العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز، فلا يصحّ الاستدلال بوجوب الوفاء على لزوم البيع.

والانصاف أنّ الآية قاصرة عن الدلالة على لزوم البيع بعد الفسخ فلابدّ من التماس دليل آخر.

١ـ نثارات الكواكب، ص ٤.

ذبّ اشكال عن دلالة الآية:

وربّما يعترض على دلالة الآيـة بأنّ المراد من العقود في الآية هـو العهود، كما ورد في مرسلة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: سألته عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿يا أيُّها الَّـذِينَ آمَنوا أَوفوا بـالعقود﴾ ؟ قال: العهـود [1]. فتكون الآية أجنبية عن المقام، إذ لا عهد في البيع ونظائره.

قال أبو عبيدة: ﴿أَوفوا بالعقود﴾ : واحدها عقـد ومجازها العهود، والأيمان التي عقّدتم.

وقال الحطيئة:

قوم إذا عقدوا عقداً لجـارهم   شدّوا العناج وشدّوا فوقه الكربا

ويقال: اعتقد فلان لنفسه [2].

يلاحظ عليه ـ مضافاً إلى أنّ الروايـة مرسلة نقلها العياشي في تفسيره، وعامّة روايـاته في التفسير الموجـود بأيـدينا مـراسيل ـ: أنّ العقـد في اللغة كما صرّح بـه الراغـب في مفرداته: هـو الجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل ذلـك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء. وعلى هذا فليس له معنى سوى ما هو المتبادر من أمثال عقد الحبل وعقد أطراف الرداء، وأمّا استعماله في الأُمور المعنوية فباستعارة وتناسب، فكـأنّه بالتبادل يعقـد المعوض بالعـوض أو ذمّته بذمّـة الآخر فتحصل منهما حالة خاصة تطلق عليهـا العقدة، قال سبحانه: ﴿ولا تَعزِمُوا عُقْدَةَ النِكاحِ

١ـ الوسائل: ج١٦، الباب ٢٥ من أبواب النذر والعهد، الحديث ٣.

٢ـ مجاز القرآن لأبي عبيدة معمر بن المثنى التيمي (المتوفّـى عام ٢١٠) ج١، ص ١٤٥.

﴿حَتّى يَبْلُغَ الكِتابُ أجَلَهُ﴾ (البقرة/ ٢٣٥)، وقال سبحانه: **﴿إلاّ أن يَعْفُونَ أو يَعْفُوَا الَّذي بِيَدِهِ عُقْدَةَ النِكاحِ﴾** (البقرة/ ٢٣٧).

وبذلك يعلم أنّ استعماله في العهد لأجل أنّ فيه شدّاً وربطاً بين العاهد والمعهود، وليس العهد إلاّ مصداقاً من مصاديق المعنى الكلّي الشامل لكلّ أمر فيه نحو عقد وتوثيق بين الشيئين. والشاهد على ذلك أن فعل هذه المادة استعمل في الذكر الحكيم في التحكيم والتوثيق الموجود في نفس اليمين، قال سبحانه: **﴿ لا يُؤاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ في أَيْمانِكُمْ وَلكنْ يُؤاخِذُكُم بِما عَقَّدتُّمُ الأيمان﴾** (المائدة/ ٨٩) أي حلفتم بوعي ودقّة، وقال سبحانه: **﴿والَّذِينَ عَقَدَتْ أيمانكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾** (النساء/ ٣٣) والظاهر أنّ المراد من الآية الأخيرة هو ضامن الجريرة، وأمّا الرواية فيمكن أن تكون مشيرة لمصداقٍ ربّما يغفل عنه الانسان، فإنّ العهود والمواثيق والأيمان عقود وعهود يجب الوفاء بها.

وعلى ذلك فالآية مطلقة تعمّ كل عقد عَقدهُ الانسان ولا يحلّ إلاّ بسبب.

هذا وانّ للأعلام حول الآية كلمات في تقريبها للدلالة على المقصود، ولكنّها ليست بمقنعة ولا متبادرة من الآية حتى تكون حجّة، بل أكثرها مفروضة عليها فإنّ الاستظهار يجب أن يكون على حدّ فهم العرف من الآية وليست كذلك فلاحظ.

٢ـ آية حلّية البيع:

قال سبحانه: **﴿الَّذينَ يَأكُلُونَ الرِّبَا لا يَقُومونَ إلاّ كَما يَقُومُ الَّذي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيطانُ مِنَ المَسِّ ذَلِكَ بأنهُمْ قالُوا إنَّماَ البَيْعُ مِثْلُ الرِبا وَأَحَلَّ اللهُ البَيعَ وَحَرَّمَ الرِّبا**

فَمَن جاءَهُ مَوعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهىٰ فَلَهُ ما سَلَفَ وَأَمرُهُ إلى اللهِ وَمَنْ عادَ فَأُولَئِكَ أصحابُ النَّارِ هُمْ فِيها خالِدونَ﴾ (البقرة/ ٢٧٥).

وقد استدلّ بها الشيخ في المقام، قائلاً بأنّ حلّية البيع لا يراد منها إلاّ حلّية جميع التصرّفات [١] المترتب عليه، التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الآخر، مستلزمة لعدم تأثير ذلك الفسخ وكونه لغواً غير مؤثّر [٢].

يلاحظ عليه: بأنّ الاستدلال فرع كون الآية في مقام بيان حلّية جميع التصرّفات حتى بعد الفسخ، مع أنّها في مقام نفي التساوي الذي كان المشركون المرابون يكرّرونه في أنديتهم، وكانوا يقولون: لا فرق بين البيع والربا، وإنّ البيع مثل الربا، فنزلت الآية ردّاً على قولهم بنفي المساواة ، وأنّه سبحانه أحلّ البيع وحرّم الربا من غير تعرّض لسائر الحالات من حلّية البيع بعد فسخ الفاسخ، فإنّ هذا فرع كون المتكلّم في مقام البيان من هذه الناحية.

قال ابن عباس: كان الرجل منهم إذا حلّ دينه على غريمه فطالبه به، قال المطلوب منه له: زدني في الأجل وأزيدك في المال، فيتراضيان عليه ويعملان به، فإذا قيل لهم: هذا ربا، قالوا: هما سواء، يعنون بذلك أنّ الزيادة في الثمن حالَ البيع، والزيادة فيه بسبب الأجل عند محلّ الدين سواء، فذمّهم الله به وألحق الوعيد بهم وخطّأهم في ذلك بقوله: «وأحلّ البيع وحرّم الربا» أحلّ الله البيع الذي لا ربا فيه وحرّم البيع الذي فيه الربا ... [٣].

١ـ لا يخفى أنّ ظاهر الآية، هو حلّية نفس البيع لا التصرّفات من غير فرق بين قبل الفسخ وبعده.

٢ـ المتاجر، قسم الخيارات، ص ٢١٥.

٣ـ مجمع البيان: ١/ ٣٨٩ وبيّن في ذيل التفسير الفروق بين البيع والدين والزيادة فيهما.

وبعبارة أُخرى: أنّ الحلّية إمّا تكليفيــة أو وضعية، فعلى الأوّل يكون مفادها أنَّ البيع حلال لا حرام مثـل قولنا: الغنم حلال والكلب حـرام، ومن المعلوم أنّه لا يمكن الاحتجاج بحلّية الغنم على كـونه حلالاً ولو كان مغصوبـاً أو موطوءاً أو جلاّلاً.

وعلى الثاني يكون مفـاده أنّ البيع أمضاه الشارع وأحلّه محلّه دون الـربا وأمّا أنّه أحلّه في كلّ ظرف وموقف وأمضاه في جميع الشرائط، فالآية ساكتة عنه.

٣ـ آية التجارة عن تراض:

قال سبحانه: ﴿**يا أيُّها الَّذِيـنَ آمَنوا لا تأكلُوا أَموالَكُمْ بَينَكُمْ بـالباطلِ إلاّ أنْ تَكــونَ تجارةً عن تَــراضٍ مِنكُــم ولا تَقْتلــوا أنفسكُمْ إنَّ اللهَ كـــانَ بِكُــمْ رحيما**﴾ (النساء/ ٢٩).

والاستدلال تارة بالمستثنى منه وأُخرى بالمستثنى، أمّا الأوّل فيقال: إنّ أخذ مال الغير وتملّكه من دون اذن صاحبه باطل عرفاً، فتعمّه الآية.

يلاحظ عليه: بـالشك في وجود الموضوع، إذ لو كان العقـد جائزاً في الواقع يكون تملّكه حينئذٍ أكلاً بالحق كما هو الحال في العقود الجائزة بالذات أو بالعرض، وحيث إنّ الحال غير معلوم يكون المورد من قبيل الشبهة المصداقية للآية.

وأمّا الثاني فبأن يقال: إنّه باطـلاقه يدل على حلّية أكل المال إذا كان سبب حصول ذلك المال، تجارة عـن تراض، فيكون مفاده هـو حلّية التصرّف للمشتري مطلقاً قبل الفسخ وبعده.

ويعلـم ضعفـه ممّا ذكـرنا من أنـه ليس إلاّ بصدد كـون التجارة سببـاً لحلّية

التصرّف، ولا نظر له إلى الخصوصيات حتّى يعم بعد الفسخ.

ثمّ إنّ للآية تفسيراً آخر أوعزنا إليه عند البحث عن المكاسب المحرّمة وحاصله: أنّ الآية ليست بصدد بيان حلّيّة المسبّبات كالبيع وغيره، وإنّما هي بصدد بيان الأسباب وأنّه يجب على الناس التمسّك بالأسباب الحقّة دون الباطلة، فالتجارة عن تراض سبب حقّ، وأمّا أكل المال عن طريق بيع المنابذة والربا فهو ممنوع، فعندئذ تكون الآية أجنبية عن الاستدلال على اللزوم.

هذه جملة الآيات التي استدلّ بها الشيخ على كون الأصل في البيع، اللزوم.

الاستدلال بالروايات:

ثمّ إنّه استدل بروايات وهي بين مرسلة ومسندة:

١ـ الاستدلال بالمراسيل:

قوله ﷺ: لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه، وقوله ﷺ: الناس مسلّطون على أموالهم، فالنبويّان مرسلان غير مسندين، وقد تمسّك بهما الفقهاء في جميع الأعصار من غير توقّف.

وأمّا كيفيّة الاستدلال بهما على كون الأصل في البيع اللزوم، فهو ما ذكره الشيخ من أنّ مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع أن لا يجوز أخذه من يده وتملّكه عليه من دون رضاه.

يلاحظ على الاستدلال: بأنّ المقام من قبيل الشبهة المصداقية للدليل الاجتهادي فإنّا نشكّ في المثمن هل هو ملك للمشتري بعد الفسخ أو لا؟

وبعبارة أُخرى: نشكّ في كونه مالاً له حتى يصحّ له التصرّف و لا يحل للغير التصرّف فيه إلاّ بطيب نفسه أو لا؟ إذ من المحتمل أنّ الفسخ مؤثّر في اخراجه عن ملكه وماله.

فهذا الاشكال السيّال متوجّه على جميع ما استدلّ به الشيخ من الآيات والروايات، وإن كان الاستدلال بالآيات غير خال عن اشكالات أُخرى.

٢ـ الاستدلال بالمسانيد:

استدلّ بقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» فقد رواه الكليني بسند صحيح عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله قال: سمعته يقول: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله، فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه. والمسلمون عند شروطهم ممّا وافق كتاب الله عزّ وجلّ» [١].

وجه الاستدلال بالحديث يتوقّف على بيان مقدمة وهي أنّ صاحب القاموس فسّر الشرط بأنّه: الزام الشيء والتزامه في البيع وغيره، لكن صاحب الحدائق وغيره كالسيّد الطباطبائي في تعليقته على مبحث الشروط استظهرا أنّه أعم من الشرط التبعي والابتدائي، فالبيع بنفسه شرط وعهد وهكذا النكاح، وتدل على عمومية الشرط روايات متفرّقة في الأبواب نذكر بعضها:

١ـ رواية الحلبي عن أبي عبد الله قال: في الحيوان كلّه، شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط [٢].

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و٢.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ٣، من أبواب الخيار، الحديث ١ و٤.

والمراد من الشرط هو الحكم الشرعي المستقل النافذ على المتبايعين، لا الشرط الضمني التبعي بقرينة قوله: «شرط أو لم يشترط».

٢ـ ما رواه أصحاب الصحاح والمسانيد في حقّ بريرة لما اشترتها عائشة وشرط مواليها عليها ولاءها، فوقف عليه النبيّ وقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط، قضاء الله أحق وشرطه أوثق، والولاء لمن اعتق» [1].

والمراد من شرطه سبحانه هو حكم الله المطلق «الولاء لمن اعتق».

وبهذه الروايات ونظائرها [2] ذهب الشيخ إلى أنّ الحديث يعمّ كلا الالتزامين: التبعي والابتدائي، فعند ذلك يصحّ الاستدلال به على لزوم البيع، فإنّ العقد على هذا شرط، فيجب الوفاء به حسب قوله: «المؤمنون عند شروطهم» من غير فرق بين قبل الفسخ وبعده.

يلاحظ عليه بنفس ما ذكرناه في الأدلة المتقدمة، فإنّ وجوب الوفاء فرع

١ـ صحيح البخاري الجزء الأوّل، كتاب الصلاة، الباب ٧٠ ص ٩٤ والجزء الثالث كتاب البيوع، الباب ٦٧، ص ٧١، وكتاب الشروط ، الباب ٣ ص ١٨٩، ومسند أحمد ٦: ٨٦ مع اختلاف مع ما في المتن.

الوسائل: الجزء ١٤، الباب ٥٢، من أبواب نكاح العبيد والاماء، الحديث ٢ و ١٤.

روى البخاري في تفسير قوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهنَّ ـ إلى قوله: ـ غفور رحيم﴾ قال عروة: قالت عائشة: فمن أقرّ بهذا الشرط منهنَّ قال لها رسول الله ﷺ : قد بايعتك. كلاماً يكلّمها به والله ما مسّت يده يد امرأة قط في المبايعة.

صحيح البخاري: الجزء الثالث، كتاب الشروط الباب ١ ص ١٨٩.

٢ـ لاحظ بحث الشروط من الخيارات، ص ٢٧٧، طبعة تبريز، ولا يبعد أنّ الاستعمال في رواية بريرة وأمثالها في الشرط الابتدائي في باب المشاكلة، فلا تصلح للاستدلال.

وجود الشرط، وهو قبل الفسخ محقّق وبعده مشكوك.

٣ـ ما رواه الكليني بسند صحيح عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» وفي حديث آخر: «فإذا افترقا وجب البيع»[1].

وجه الاستدلال أنّه لا خيار لهما إذا افترقا بعد الرضا (بالبيع حين الانشاء) فيعم حتى بعد الفسخ.

يلاحظ عليه: أنّ الرواية بصدد بيان الوجوب النسبي لا المطلق، وحاصله أنّه لا خيار لهما من هذا الجانب أي المجلس، وأمّا أنّه لا خيار لهما أبداً فليست بصدد بيانه، بشهادة وجود الخيار بعد الافتراق لأجل الشرط والغبن والتدليس وغيره.

إلى هنا تمّ الاستدلال بالآيات والروايات وقد عرفت عدم دلالة واحد منها على المقصود.

الاستدلال بالأصل على اللزوم:

بقي الكلام في الاستدلال بالأصل ولم يقرّره الشيخ، بل ذكره مجملاً ويمكن تقريره هكذا:

١ـ أصالة بقاء العقد بعد الفسخ.

٢ـ أصالة بقاء البيع بعده.

٣ـ أصالة بقاء الشرط بعده.

١ـ الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٤.

والأصل يجري على نحو مفاد كان الناقصة لا التامّة. فالأصل الموضوعي يحرز موضوع الأدلة الاجتهادية، فيثبت أنّ هنا عقداً وبيعاً وشرطاً حتى بعد الفسخ فيجب الوفاء به، كما يحلّ للمشتري التصرّف فيما أخذه من البائع، ويجب على المتعاملين الوفاء بهذا الشرط.

وعلى كل تقدير فهو من قبيل القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي كما إذا شككنا في أنّ الحيوان الموجود في الدار حصان أو بقرة، فعلى الأوّل قطعي الارتفاع، وعلى الثاني قطعي البقاء فيستصحب الجامع بينهما، و نظيره المقام حيث إنّ الانسان يشك في أنّ العقد الموجود هل هو عقد لازم لا يرتفع بفسخ الفاسخ قطعاً، أو عقد جائز مرتفع معه قطعاً فيستصحب بقاء العقد، فينقح الأصل، موضوع الدليل الاجتهادي فتتم الحجّة بثبوت الصغرى بالاستصحاب، والكبرى بالدليل الاجتهادي.

فإن قلت: إنّ أقصى ما يثبته الاستصحاب وجود العقد والبيع، ولا يكفي ثبوتهما في اثبات لزوم العقد بعد انقسامهما إلى جائز ولازم، فيكون التمسّك بالكبرى مع انقسام العقد إلى قسمين، أشبه بالتمسّك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصّص.

وبعبارة أُخرى: الوفاء بالعقد و إن كان واجباً لكنّه خرجت منه العقود الجائزة، فاستصحاب بقاء العقد لا يثبت سوى عنوان العام وهو العقد وهو لا يكفي إلاّ مع احراز عدم انطباق عنوان المخصّص أيضاً وهو كونه عقداً جائزاً، والمفروض عدم احرازه، فيكون التمسّك بالعام غير تام. وكون بقاء العقد ملازماً للّزوم لأنّه لو بقي حتى بعد الفسخ، يكون لازماً، غير مفيد لكونه أصلاً مثبتاً.

قلت: الاشكال مبني على أنّه سبحانه قال: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ ثمّ ورد عليه التخصيص بقوله إلاّ العقود الجائزة، فنشك في دخول البيع تحت عنوان المخصّص أي العقود الجائزة أو لا، ولكن الواقع ليس كذلك، والعقود الجائزة عنوان انتزاعي من المخصّصات الواردة على العام، كعقد الهبة والعارية، وعندئذ يكون الشكّ في خروج البيع عن تحت العام، شكّاً في أصل التخصيص، أي في التخصيص الزائد، والأصل عدمه، لا شكّاً في الشبهة المصداقية له.

توضيح ذلك: أنّ الشك في المقام على قسمين:

تارة نشك في العقد الخارجي المشخّص المعيّن أنّه هل هو بيع أو هبة، فلو كان بيعاً لا ينفسخ بفسخ البائع (بناء على لزومه) وإن كان هبة ينفسخ بفسخه، ففي مثله لا يصح استصحاب بقاء العقد ولا يكون منقّحاً لحال الشبهة المصداقية الخارجية، لأنّ العقد بما هو عقد لا يجب الوفاء به إلاّ بعد احراز عدم انطباق عنوان المخصّص أعني: كونه هبة، وبما أنّه غير محرز يكون التمسّك بالعام في مثله، كالتمسّك بوجوب اكرام العالم عند الشك في كونه عالماً عادلاً أو فاسقاً مع تسليم خروج الفاسق، فإنّ احراز العالم غير كاف في وجوب الاكرام إلاّ بعد احراز عدم عنوان الخاص، وفي المثال المزبور إلاّ بعد احراز عدم انطباق عنوان الهبة.

وأُخرى يكون الشكّ في خروج العنوان الكلّي عن تحت العام مثلاً نعلم أنّه خرج من تحت وجوب الوفاء بالعقد، العارية والهبة ونشك في أنّه خرج البيع عن تحته أو لا ، فإذا ثبت كون عقد البيع موجوداً للاستصحاب ، حتى بعد فسخ الفاسخ يصحّ التمسّك بالعام إذ لولاه يلزم تخصيص زائد على العام. والمفروض أنّ الشبهة حكمية كلية وأنّ البيع بما هو هو لازم.

فإن قلت: إنّ ما يجب الوفـاء به إنّما هو العقد الواقعـي، لا العقد التعبّدي ولا يثبت بالاستصحاب إلاّ العقد التعبّدي.

قلت: إنّ الاستصحاب يثبت بقاء العقد الواقعي في ظرف الشك، فالثابت به هـو بقاء العقد الـواقعي لا العقد التعبّـدي، نعم بفضل التعبّد يثبـت بقاؤه في ظـرف الشك، والتعبّـد بـالبقـاء سبـب لاثبـات وجـود المستصحب لا هـو قيـد للمستصحب، فالذي يستصحب هو نفس العقد لا العقد التعبّدي.

هذا كلّه حول هذه الأُصول الثلاثة.

نعم هناك أُصول أُخرى متوافقة المضمون مع ما سبق نشير إليها:

١ـ استصحـاب بقاء ملك المشتري، وهـو و إن كان صحيحاً لكنّـه مسبّب عن بقـاء العقد، فباجـراء الأصل السببي يستغنـىٰ عن الأصل المسبّبي و إن كـانا متوافقي المضمون.

أضف إلى ذلـك: أنّه لا يثبـت به إلاّ جـواز تصرّف المالـك لا لزوم العقـد، اللّهمّ إلاّ أن يقـال بحجّية الأصل المثبت لأنّ جـواز التصرّف وحلّيته بعـد الفسخ يلازم عقلاً كونه لازماً، إذ لو كان جائزاً لما صحّ التصرّف.

٢ـ استصحاب عـدم تأثير الفسخ، ولكنّـه ليس له أثـر شرعي لأنّـه ليس موضوعاً لدليل اجتهادي كما هو الحال في كل أصل موضوعي جار في الموضوعات اللّهمّ إلاّ أن يقـال بقاعـدة المقتضي والمانع ، حيـث إنّ المقتضي وهـو العقــد والبيع، موجود، والشك في تأثير فسخ الموجود، فـالأصل عدم تأثيره ، ولكن هذه القاعدة غير تامّة لعدم الدليل على حجّيتها.

٣ـ استصحاب عدم ارتفاع أثر العقد، ولكنّه بالنسبة إلى اثبات بقاء الملك مثبت لأنّ عدم ارتفاع أثر العقد يلازم بقاء الملك.

الأصل المعارض:

ثمّ إنّ هناك أصلاً معارضاً أشار إليه الشيخ وقال: إنّ مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، والمراد المالك الأوّل هو البائع، ولو صحّ هذا الاستصحاب يكون حاكماً على الأُصول الثلاثة الأخيرة، إذ لو ثبت بقاء علاقة المالك الأوّل، لارتفع الشك في بقاء المال في ملك المشتري، فلا يصحّ استصحاب بقاء ملكه مع صحّة استصحاب بقاء علاقة المالك الأوّل.

يلاحظ عليه: أنّ علاقة المالك الأوّل إن كانت نابعة من مالكيته للمبيع فقد انتفت باخراج المال عن ملكه قطعاً، وإن كانت نابعة من غير هذا الوجه كاحتمال سلطة اعادة العين إلى ملكه فهو مشكوك الحدوث، ولا معنى لاستصحابه.

فتلخّص أنّ الدليل الصالح لاثبات كون الأصل في البيع، اللزوم هو قضاء طبع العقد عليه مع ما عرفت من الاستصحاب. والمهم هو الأوّل.

في أقسام الخيارات

ذكر المحقّق للخيار خمسة أقسام :

١ـ خيار المجلس.

٢ـ خيار الحيوان.

٣ـ خيار الشرط.

٤ـ خيار الغبن.

٥ـ خيار التأخير.

وزاد في النافع وقواعد العلاّمة، وارشاده، وتذكرته: خيار الرؤية، وخيار العيب، فصارت سبعة.

وذكر في اللمعة أربعة عشر، وجعل منها: خيار الشركة، وخيار تبعّض الصفقة مع دخولهما تحت خيار العيب، كما لا يخفى، وربّما أنهاها بعضهم إلى عشرين، ولكن يمكن ادغام كثير منها تحت السبعة.

وعلى كل حال فنحن نقتفي أثر شيخنا الأنصاري فندرس السبعة ويعلم حكم مالم نذكر منها ممّا ذكرناه إن شاء الله، فنقول:

الفصل الثاني

خيار المجلس

- ☐ دليله.
- ☐ ثبوته للوكيل.
- ☐ ثبوته للموكّل أيضاً.
- ☐ هل خيار المجلس للوكيل والموكل واحد؟
- ☐ تفويض الأمر إلى الوكيل.
- ☐ عدم ثبوت الخيار للفضولي.
- ☐ خيار المجلس لو كان العاقد واحداً.
- ☐ في مستثنيات خيار المجلس.
- ☐ خيار المجلس وسائر العقود.
- ☐ خيار المجلس وبيع الصرف والسلم.
- ☐ في مسقطات خيار المجلس الأربعة:

أ ـ اشتراط سقوطه في نفس العقد.

ب ـ اسقاطه بعد العقد

ج ـ التفرّق عن رضا.

د ـ التصرّف قبل التفرّق.

خيار المجلس

واضافتـه إليه إمّـا من باب اضـافة الحال إلى المحـلّ، والمراد من المجلس: مطلق مكان العقـد، وإن كانا قائمين فيـه أو من باب اضافـة المسبّب إلى السبب لكون المجلس سبباً للخيار كخيار الغبن والعيب لكونهما سبباً له.

وهذا الخيار من ضروريات فقه الإماميـة، وأمّا غيرهم فقد اختلفوا فيه، قال الشيخ في الخلاف: البيع ينعقـد بوجود الايجاب من البـائع والقبول من المشتري، لكنّه لا يلزم المتبايعين بنفس العقد بل يثبت لكلّ واحد منهما خيار الفسخ ما داما في المجلس إلى أن يتفرّقا أو يتراضيا بالتبايع في المجلس.

وروي هذا عن الصحابة عن علي ـعليه السلامـ وعبد الله بن عمـر وعبد الله بن عبـاس وأبي هـريـرة وأبي بـرزة الأسلمي، وبـه قـال الحسـن البصري وسعيـد بن المسيب، والزهري وعطاء، ومن الفقهاء: الأوزاعي وأحمد وإسحاق والشافعي.

وذهبت طائفة إلى أنّ البيع يلزم بمجـرّد العقد، ولا يثبت فيه خيار المجلس بحال، ذهب إليـه من التابعين شريح والنخعي، ومـن الفقهاء مالك وأبـو حنيفة وأصحابه، ثـمّ استدلّ الشيخ على مذهبـه بما روى نافع عن ابن عمر أنّ النبي ﷺ

قال: المتبايعان كلّ واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرّقا إلاّ بيع الخيار[1].

وقد تضافرت الروايات على ذلك من طرقنا، فرواه محمد بن مسلم وزرارة وفضيل بن يسار والحلبي عن الصادق ـ عليه السلام ـ كما رواه علي بن اسباط عن الرضا ـ عليه السلام ـ وكلّها غير الأخيرة صحيحة السند واضحة الدلالة. نذكر بعضها:

١ـ محمد بن مسلم عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: قال رسول الله: «البيّعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام».

٢ـ وروى أيضاً عن أبي جعفر ـ عليه السلام ـ قال: سمعته يقول: «بايعت رجلاً فلمّا بايعته قمت فمشيت خُطاً ثمّ رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا».

٣ـ وروى زرارة عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ: سمعته يقول: «البيّعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان ثلاث (يريد ثلاثة أيام)» [2].

ثمّ إنّه روى غياث بن إبراهيم (الذي هو زيدي بتريّ) عن علي ـ عليه السلام ـ أنّه قال: «إذا صفَّق الرجل على البيع، فقد وجب وإن لم يفترقا» [3].

والظاهر أنّ المراد من التصفيق هو اسقاط خيار المجلس، ولعلّه كان علامة لصيرورة العقد لازماً واسقاط الخيار من الطرفين، وعلى كل تقدير فلا يعتمد على الرواية الشاذة في مقابل المتضافر منها، ولقد وقعت الحنفية لأجل نفي خيار

١ـ الخلاف ج٣، كتاب البيع، المسألة ٦. والتذكرة ١/ ٤٩٠ وفيها: قال أبو حنيفة ومالك: يلزم النكاح بالايجاب والقبول ولا يثبت خيار المجلس ...

٢ـ لاحظ: الوسائل ١٢: الباب ١ من أبواب الخيار: عامة الروايات، وما نقله في الباب الثالث عن محمّد بن مسلم برقم ٣، متّحد مع ما نقله في الباب الأوّل عنه.

٣ـ المصدر نفسه: الرواية ٧.

المجلس في حيص وبيص تبعاً لإمام مذهبهم، حيث واجهوا بالروايات المتضافرة الدالة على خيار المجلس، فحاولوا أن يجمعوا بين النص والفتيا فوقعوا فيما وقعوا فلاحظ كتبهم.

ثبوت خيار المجلس للوكيل:

هل يختص خيار المجلس بالعاقدين المالكين أو يعم الوكيلين أيضاً؟ فيه أقوال:

الأوّل: ما ذهب إليه صاحب الحدائق بثبوته للأصيل والوكيل حيث قال: واطلاق الأخبار المذكورة شامل لما قدّمنا ذكره من كون المتبايعين مالكين أو وكيلين أو بالتفريق، لصدق البيّعان على الجميع، وهما من وقع منهما الايجاب والقبول[1].

الثاني: خيرة صاحب المقاصد من اختصاصه بالعاقدين المالكين، قال: إنّ الحديث دال على حكم المالكين المتعاقدين، لأنّه الغالب وأمّا إذا كان العاقد وكيلاً لهما فيستفاد حكمه من أمر خارج[2] ويستدل على هذا القول بوجهين:

الأوّل: إنّه لا يصدق «البيّع» على الوكيل حقيقة واطلاقه عليه مجاز، لأنّ مبادئ اسم المصدر غير قائم به، وأنّه بمنزلة الآلة، وكأنّه لسان الموكل.

يلاحظ عليه: أنّه كيف لا يصدق البيّع على الوكيل مع صحّة صدقه على الفضولي والمكره وليس الوكيل بأدون منهما، وأمّا المبادئ فالتصوّر والتصديق

١ـ الحدائق: ج ١٩، ص ٧.

٢ـ جامع المقاصد: ٤/ ٢٨٦.

والعزم قائمة به، لفرض كون بيعه فعلاً اختيارياً له.

الثاني: أنّ دليل لزوم العقد أعني: قوله سبحانه: ﴿أوفوا بالعقود﴾ متوجّه إلى المالكين أو إلى من له الأمر، كالأولياء والوكيل المطلق، والوكيل في خصوص اجراء الصيغة لا يجب عليه الوفاء بأيّ نحو فسّر، سواء أكان مفاده حكماً تكليفياً أي وجوب ابقاء العقد وترتيب أثره، أو حكماً وضعياً وهو لزوم العقد، وحيث إنّ أدلّة الخيار مقيّدة لدليل وجوب الوفاء، فلابدّ أن يختصّ الخيار بمن يجب عليه الوفاء، ولا يعمّ الأجنبي.

وأجاب عنه سيدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ : بأنّ للآية الكريمة مدلولين: أحدهما: مطابقي، والآخر: استلزامي، ودليل الخيار بمنزلة الاستثناء من الحكم الوضعي، أي اللزوم المستفاد استلزاماً من قوله تعالى لا من الحكم التكليفي المطابقي فكأنّه قال: كل عقد من عقودكم لازم واستثنى منه العقد الخياري، سواء أكان الخيار للمالك أو لغيره، ويشهد له قوله ـ عليه السلام ـ : «فاذا افترقا وجب البيع» فإنّه ظاهر كالصريح في أنّ الاستثناء من الحكم الوضعي، فكأنّه قال: لا يجب البيع قبل الافتراق[1].

يلاحظ عليه: أنّه ليس للآية إلاّ مدلول مطابقي وهو الالزام التكليفي وأمّا اللزوم الوضعي فهو منتزع من وجوب الوفاء بالعقد والمفروض أنّ الحكم التكليفي مختصّ بالمالك لا الأعم منه ومن الوكيل، ولا معنى لكون المنتزع أعم من منشأ الانتزاع، وليس المنتزع كلازم المعنى الذي يمكن أن يكون أعم من الملزوم، ولعلّ تعبيره بالمعنى اللازم لأجل دفع ما ذكرناه.

١ـ المتاجر، قسم الخيارات ج ٤، ص ٤٦.

والأولى أن يقـال: إنّ وجوب الـوفـاء لا يختص بـالعـاقديـن المالكين، فإنّ العامـل في المضاربة وكيل يجب عليـه الوفاء بما عقـد، فليس له الامتنـاع من دفع المثمن أو غير ذلك، وسيوافيك أنّ الموضوع أوسع من مثل العامل في المضاربة.

الثالث: ما اختاره الشيخ من اختصاصه بـالوكيل الذي له حقّ التصرّف في المبيع، قال: «إنّ مفاد أدلّة الخيار اثبات حـقّ وسلطنة لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخـر، بعد الفـراغ عن تسلّطـه على مـا انتقل إليه، فـلا يثبت بها هـذا التسلّط لـو لم يكن مفـروغاً عنـه في الخارج ألا ترى أنّـه لو شك المشتري في كـون المبيع ممّن ينعتق عليه لقرابة، أو يجب صرفه لنفقة أو اعتاقه لنذر فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه بأدلّة الخيار بزعم اثباتها للخيار المستلزم لجواز ردّه على البائع وعدم وجوب عتقه.

فعلى ما ذكره: إذا لم يكن مستقلاً في التصرّف في مـال الموكّل بل كان وكيلاً في التصرّف على وجه المعاوضـة، فليس للوكيل الخيار لعدم تمكّنـه من ردّ ما انتقل إليه كما صرّح به الشيخ في ذيل كلامه، وأولى منه بعدم ثبوت الخيار إذا كان وكيلاً لاجراء الصيغة فقط».

يلاحظ عليه: بأنّه إن أراد التسلّط المطلق فهو ليس بموجود حتى في عامل القراض، إذ ليس له العتق ولا الاتـلاف، ولا الوقف، و إن أراد التصرّف على النقل بعقد جديد حتى يجوز له الفسخ مثل العقد الجديد، فما الدليل عليه.

و إن أراد التسلّط على الفسخ فقـط فهذا مثل السـابق، بل هو يستفـاد من دليل الخيار، لا أنّه يحرز قبل الخيار.

والحاصل: أنّ اطلاق الدليل محكّم على هذه الاحتمالات، والتقييد والتخصيص مشكوك من رأس. وبهذا يظهر الجواب عن الأمثلة التي لا يجوز التمسّك فيها بالخيار عند احتمال كون المبيع ممّن ينعتق عليه أو ممّا يجب صرفه في النفقة، أو اعتاقه لنذر وذلك لأنّ وجود المخصّص والمقيّد قطعي في تلك الأمثلة فيكون المورد شبهة مصداقية لهما، فلا يجوز التمسّك بالعام ولا المطلق، وهذا بخلاف المقام، فإنّ أصل التخصيص والتقييد مشكوك.

الرابع: نظرية السيد الطباطبائي والمحقّق الخراساني فاكتفيا بكفاية السلطنة على نفس العقد ايجاداً واعداماً، قائلين بأنّه لو كان وكيلاً في أصل المعاملة بأن جعل أمرها إليه من غير أن يكون وكيلاً في التصرّف في العين كفى في ثبوت الخيار، فالمدار السلطنة على المعاملة مطلقاً، وإن لم يكن مسلّطاً على سائر التصرّفات في العين، ثمّ قال السيّد: وبالجملة كل مورد تجوز له الإقالة يثبت له الخيار، وكلّ مورد لم تثبت له الإقالة لا تنصرف إليه الأدلّة، وليس له الخيار، والوكيل في مجرّد اجراء الصيغة ليست له الإقالة، فليس له الفسخ.

ولعلّ هذا القول هو أوجه الأقوال وأسدّها فيؤخذ باطلاق الرواية إلاّ في مورد الوكالة في اجراء الصيغة، ويؤيّد ذلك أنّ الحكمة في جعل هذا الخيار هو فسح المجال للطرفين حتى ينظرا فيما يبيعان أو يشتريان وهو وإن كانت حكمة لاعلّة، ولكنّها تصلح لأن تصير سبباً للانصراف عن الوكيل في اجراء الصيغة ويبقى الباقي تحته.

ثمّ إنّ الكلام في المقام في اثبات الخيار بأدلّة خيار المجلس، وأنّ هذا الحق الشرعي هل هو ثابت للمالك أو يعمّ وكيله، وأمّا البحث عن سعة دلالة عقد الوكالة على الفسخ وعدمه فهو خارج عن موضوع البحث، فسواء كان نطاق

دلالته وسيعاً شاملاً للفسخ أو ضيّقاً قاصراً عنه فلا يؤثّر في ثبوت حقّ الخيار للوكيل وعدمه، لأنّ حقّ الفسخ لو كان ثابتاً في المقام للوكيل، فإنّما هو حقّ شرعي ثبت من جانب الشرع لا من جانب المالك الموكل، فالبحث عن سعة دلالة عقد الوكالة وضيقها خارج عن مصبّ البحث، وبذلك يظهر الخلط فيما ذكره صاحب المسالك[1] فلاحظ.

ثمّ إنّه إذا كان الموكّل غير راض بالفسخ فهل يجوز للوكيل القيام به أو لا؟

ذهب الشيخ الأعظم إلى المنع، ولعلّ وجهه هو انصراف الدليل عن هذه الصورة وذلك لأنّ الخيار لأجل فسح المجال للتروّي في مصالح الموكّل، فإذا كان هو غير راض بالفسخ، فكيف يجوز للوكيل فسخه، ومع ذلك فيمكن أن يقال: إنّ هذا حقّ للبيّع بما هو بيّع، فلا وجه للمنع عن الشمول وليس في هذا نائباً عن الموكّل ووكيلاً عنه، وإنّما هو وكيل له في البيع، وهذا الحق أعطاه الشارع إيّاه بما هو بيّع.

فلو فرضنا وجود الاطلاق فتقع المعارضة بينه وبين عموم «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه» والنسبة عموم وخصوص من وجه، فيجتمعان في هذا المورد، فعلى الاطلاق يصحّ فسخه، وعلى النبوي يحرم فعله، فينتزع منه الفساد، ولعلّ اطلاق الخيار أقوى من اطلاق النبوي فيقدّم عليه خصوصاً على القول بأنّ النبوي بصدد بيان الحكم التكليفي لا الوضعي، والمسألة لا تخلو من اشكال، فلاحظ.

١ـ المسالك ج١، في شرح قول المحقّق: «ولكلّ من المتبايعين خيار الفسخ» حيث قال: فإن لم ينصّ لهما الموكّل على الخيار، لم يكن لهما الفسخ فينتفي الحكم عنهما وإن وكّلهما فيه ...، وأنت ترى أنّه خروج عن البحث لأنّه في ثبوت هذا الحق للوكيل من جانب الشارع وعدمه ولا صلة لتوكيل الموكّل له في الفسخ وعدمه.

هل للموكّل خيار المجلس؟

قد تعـرّفت على أنّ للـوكيل في غير مورد الـوكالـة في اجراء الصيغـة، خيار المجلس، فهل للموكِّل خيار أيضاً في عرض الخيار للوكيل؟ وجوه:

١ـ له الخيـار مطلقاً، لكون الخيار حقّـاً لصاحب المال شرعاً ارفـاقاً له، وأنّ ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه، يستلزم ثبوته للمنوب عنه.

٢ـ عدمه كذلك، لتبادر المتعاقدين من النص، فللمباشرة مدخلية في ثبوت الخيار.

٣ـ له الخيار فيما إذا لم يكن للوكيل خيـار وذلك لأنّ خيار المجلس كاللازم لماهيّة البيع، فإذا كان الوكيل غير ذي خيار، فلا محالة يكون للموكِّل خيار.

ثمّ إنّ سيّـدنا الأُستـاذ ــ قدّس سرّه ـ اختـار القول الثـاني، وقال في كـلام مفصّل مـا هذا حـاصله: إنّ «البيّع» قـد وضع لمن صـدر منه البيع وليـس هو إلاّ الوكيـل، وتصوّر أنّه مـوضوع لمن صـدر عنه البيع ومـن كان سبباً لصـدوره أعني الموكِّل غير تام، لأنّه موضوع للجامـع البسيط، وليس هنا جامع بسيط بين المباشر والسبب، والجامـع المركّب و إن كـان موجـوداً لكنّه ليـس موضـوعـاً للمشتق كما حقّقناه في محلّه.

والحاصل: أنّ المفهـوم البسيط مختص بـا لمباشر، والجامع المركّـب و إن كان يعمّ الوكيل والموكّـل والمباشر ومن هو سبب، لكنّـه ليس موضوعاً لـه، واستعماله مجازاً في المباشر والسبب خـلاف الظاهر، فعلى ذلـك فهو يختصّ بمن قـام بالبيع

وهو الوكيل [١].

يلاحظ عليه: أنّه لو أُريد من البيّع العاقد لاختصّ بالمباشر قطعاً، لأنّ من صدر منه العقد هو الوكيل، وأمّا إذا أُريد منه من قام به المعنىٰ الاعتباري، فلا اشكال في أنّ البيع صدر من الوكيل والموكّل معاً، ولأجل صدوره منهما يتوقّف على وجود شروط في الموكّل من كونه عاقلاً بالغاً مريداً غير مكره، مالكاً للمبيع غير محجور، وموكِّلاً إيّاه، وعلى شروط في الوكيل، وعندئذ يرى العرف كليهما مصدرين لتحقّق تلك الماهية، ولا يعد ذلك من قبيل السبب والمباشر كالأمر بالقتل، إذ لا شكّ هنا أنّ القتل قائم بالمباشر لا بالسبب، بل يعد ذلك من قبيل نسبة أفعالنا إلى الأعضاء والجوارح، وفي الوقت نفسه ينسب إلى أنفسنا فالعين ترى كما أنّ النفس ترى كذلك، وكلتا النسبتين حقيقيتان، ونظير ذلك نسبة أفعالنا إلينا وفي الوقت نفسه إلى المبادئ العالية، فالفعل كما هو منتسب إلينا انتساباً صدورياً فكذلك منتسب إلى المبادئ العالية حقيقة لا بالتسبيب، ومن المعروف قول المحقّق السبزواري:

«والفعل فعل الله وهو فعلنا».

ومن رأى أنّ مسألة أفعال العباد بالنسبة إلى الله سبحانه مسألة التسبيب، فقد غفل عن حقيقة التوحيد الافعالي و مع ذلك لا ينسب إليه نقائص الأفعال وشرورها وعناوينها المادّية كالأكل والشرب ونظير المقام أيضاً، الأفعال التي تقوم بها جنود الرب من الملائكة كالتوفّي وغيره، فالتوفّي صادر من الله سبحانه وفي الوقت نفسه صادر عن الملائكة. قال سبحانه: ﴿اللهُ يتوفّى الأنفسَ حينَ موتها﴾

١ـ كتاب البيع، قسم الخيارات، ج ٤، ص ٥٨ ـ ٦٠ بتلخيص منّا.

(الزمر/ ٤٦) وكذلك يقول: ﴿الَّذِينَ تَتَوفَّاهمُ الملائكةُ طيّبين يقولونَ سلامٌ عليْكمْ﴾ (النحل/ ٣٢).

وعلى الجملة فبما أنّ بعض مبادئ البيع قائم بالموكِّل والبعض الآخر بالوكيل، يرى العرف كليهما مصدرين له، والمتّبع هو المفهوم العرفي لا الدقة العقليّة، فالبيّع بمعناه البسيط (من صدر منه البيع الاعتباريّ) منطبق على الوكيل والموكّل معاً في نظر العرف، وهذا كاف.

ولعل الأقوى هو القول الأوّل وهو ثبوت الخيار لهما مطلقاً.

هل الخيار في الوكيل والموكّل واحد أو متعدّد ؟

ثمّ إذا قلنا بأنّ لكل واحد من الوكيل والموكِّل حقّاً مجعولاً من جانب الشارع يقع الكلام في أنّه:

هل الخيار في موردهما خيار واحد فكل من سبق منهما إلى إعماله نفذ وسقط خيار الآخر، فلو أنفذ الوكيل أو الموكّل فقد نفَذ البيع ولا يبقى للآخر مجال للاعمال، وذلك لأنّ هنا حقّاً واحداً فقد سبق أحدهما إلى حيازته فلم يبق موضوع للآخر.

كما أنّه سبق إلى إعماله بالفسخ فلا يبقى للآخر موضوع، فليس المقام على هذه الصورة من قبيل تقديم الفاسخ على المجيز، كما إذا كان لكلّ من البائع والمشتري خيار، فلو فسخ أحدهما لم يبق للآخر مجال الاجازة وذلك لأنّه فيما إذا كان الحق متعدّداً، فيكون الفسخ من أحد الجانبين مقدّماً على إجازة الآخر.

وأمّا المقام فالفاسخ وإن كان مقدّماً لكن تقدّمه على المجيز لأجل عدم الموضوع للاجازة بعد كون الحق واحداً سبق إليه الفاسخ، فلم يبق بعد الفسخ موضوع حتى يسبق إليه المجيز، فالتقدّم أشبه بالسالبة بانتفاء الموضوع.

هذا ما يظهر من الشيخ بتوضيح منّا.

ولكن يمكن أن يقال بتعدّد الحق، وذلك لأنّ الحكم متعلّق بعنوان البيّع وهو منطبق على كل من الوكيل والموكّل، وللوكيل خيار لكونه مصداقَ «البيّع» وللموكِّل خيار لكونه مصداقه، فالخيار وإن كان حكماً واحداً لكنّه يتكسّر بتعدّد موضوعه.

فعند ذلك يختلف حكم الصورتين. أمّا إذا قام أحدهما بالتنفيذ فعلى مبنى الشيخ يسقط خيار الآخر لعدم الموضوع له، وعلى هذا المسلك لا يتعدّى تنفيذه عن اسقاط خياره، فيبقى للبيّع الآخر خياره بما هو بيّع.

وأمّا إذا قام أحدهما بالفسخ فيكون من قبيل تقديم الفاسخ على المجيز، فيكون للتقدّم موضوع كما إذا كان لكل من البائع والمشتري خيارٌ.

وعلى هذا الأساس يظهر حكم التفرّق عن المجلس فيما إذا كان للوكيل والموكّل خيار، فعلى القول الأوّل يكفي مطلق التفرّق لفرض أنّ هنا خياراً واحداً مغيّىً بالتفرّق وهو حاصل بتفرّق واحد من الأصيل أو الوكيل.

وعلى القول الثاني أعني: القول بتعدّده حسب تعدّد البيّع فتفرّق أحدهما لا يتجاوز عن إسقاط خياره فيبقى للآخر حكمه، وإنّما يسقط خيار الآخر

بالتفرّق الكامل أي تفرق كلّ من الأصيل والوكيل.

والعجب أنّ الشيخ الأعظم مع أنّه اختار المذهب الأوّل أي وحدة الخيار مع كثرة من قام به، قوّى كون الملاك في التفرّق هو تفرّق الكل، مع أنّ لازم مبناه هو الاكتفاء بصرف التفرّق.

ولأجل ذلك أورد عليه السيد الطباطبائي بأنّ الظاهر أنّ الحكم معلّق على صدق التفرّق والمفروض صدقه.

تفويض الأمر إلى الوكيل:

فلو كان الموكّل ذا خيار دون الوكيل كما إذا كان وكيلاً في اجراء الصيغة فقط، فهل للموكّل تفويض الأمر إلى الوكيل؟ قال الشيخ: الأقوى العدم لأنّ المتيقّن من الدليل ثبوت الخيار للعاقد في صورة القول به عند العقد، لا لحوقه له بعده. نعم يمكن توكيله في الفسخ أو في مطلق التصرّف فسخاً أو التزاماً[1].

يلاحظ عليه: بأنّ الخيار القابل للتفويض حدث حين العقد وإنّما يُفوّض إليه بعد العقد، فما هو الشرط وهو أصل الخيار موجود حينه، نعم كون الوكيل ذا حقّ خياري فإنّما هو بعده، ولا يظهر من الدليل لزوم وجود التفويض حين العقد، بشهادة أنّ الخيار حقّ قابل للنقل والاسقاط كما سيوافيك، فكيف يصحّ لنا المنع منه؟

١ـ الشيخ الأنصاري: المتاجر: قسم الخيارات ص ٢١٧.

عدم ثبوت الخيار للفضولي:

إنّ الكلام في البيع الفضولي وتحقيقه موكول إلى محلّه، فالبيع الفضولي عندنا قبل الاجازة ليس عقداً ولا بيعاً ولا تشمله العمومات والمطلقات، بل هو شيء لغو عند العقلاء، وأشبه بتنظيم الأجنبي سنداً لبيع دار الغير فلا يعد مثل ذلك مصداقاً للبيع الممضى من قبل الشرع. نعم إذا لحقته الاجازة ينطبق عليه البيع ويشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾ بمعنى أوفوا بعقودكم، فقبل الاجازة فاقد للاستناد، وإنّما يتحقّق الاستناد بالاجازة لكن إذا صدر ممّن له صلة بالمالك بنحو من الأنحاء كالقرابة والصداقة، لا ما إذا كان أجنبيّاً بحتاً، لعدم كونه متعارفاً.

وعلى ضوء ما ذكرنا فليس للفضولي خيار المجلس لا قبل الاجازة لعدم صدق «البيع» ولا «البيّع» الواردين في العمومات والمطلقات ، ولا بعدها فلأنّه لا يتجاوز عن الوكيل في مجرّد اجراء الصيغة، وقد علمت عدم شمول الدليل لمثله.

وأمّا كون المالك ذا خيار في المقام فلا بأس به، لأنّه يكون بيّعاً بعد الاجازة، وقد علمت أنّ البيّع وضع لمن صدر منه البيع ، وهو ـ بعد الاجازة ـ من مصاديق من صدر عنه البيع ، ولكنّ الكلام في تعيين مجلس الخيار، فهل الميزان هو حضورهما (المالكين) في مجلس العقد وهو يتوقّف على أن لا يتفرّقا من زمان اجراء الصيغة إلى زمان صدور الاجازة، أو الميزان هو مجلس الاجازة بشرط حضورهما في مجلس الاجازة فما لم يتفرّقا لكان لكلّ من المجيز والمالك الآخر خيار المجلس؟ هذا هو الأقوى لما عرفت من أنّ عقد الفضولي ليس بيعاً ولا عقداً مُمضى للشارع وإنّما يصير عقداً من حين الإجازة، فكأنَّ الاجازة تنفخ الروح في

العقد، ويعتبر أمراً قانونياً في مجلس الاجازة في عالم الاعتبار، فما دام المجيز والمالك الآخر غير متفرّقين عن مجلس الاجازة، فالخيار باق.

هذا من غير فرق بين كون الاجازة ناقلة أو كاشفة إمّا على الأوّل فهو واضح وإمّا على الثاني، فلأنّ الكشف الحقيقي باطل بمعنى وجود الملكيّة في الواقع قبل تحقّق الاجازة لأنّ معناه الغاء الاجازة والرضا في تحقّق الملكية، فينحصر المراد منه بأمرين:

١ــ الكشف الحكمي بمعنى ترتيب آثار الملكية للعين المشترى من الفضولي.

٢ـ القول بأنّ الاجازة توجد ملكيّة في الماضي من زمان الاجازة كما أنّ العقد من المالك يوجد ملكيّة في المستقبل، وبما أنّ الملكيّة من الأُمور الاعتبارية فلا مانع من كون مال في يوم واحد ملكاً للمجيز وبعد الاجازة ملكاً للمشتري، وذلك لاختلاف زمن اعتبار الملكيّة للشخصين، فالعين وزمان مملوكيتها وإن كانا واحدين لكن زمان الاعتبار مختلف.

وعلى كل تقدير فبما أنّ الحكم بترتيب الاثار بكلا المعنيين إنّما هو بنفس الاجازة فالعبرة بمجلسها لا بمجلس العقد.

ثمّ إنّه إذا تبايع غاصبان ثمّ تفاسخا، قال الشيخ: لم يزل العقد قابلاً للحوق الاجازة، بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر، لاختلال صورة المعاقدة.

يلاحظ عليه: بأنّ ما ذكره مبني على أنّ إيجاب الفضولي (الغاصب) كايجاب المالك حكماً فيجوز للثاني إبطال ايجابه قبل قبول القابل، فكذا يجوز للفضولي ردّ

ايجابه بعد تحقّقه لكن القياس غير صحيح، فكما أنّه لا حقّ للفضولي بعد تحقق الكل فهكذا لا حقّ له بعد تحقّق الجزء، وكما أنّ الكل قابل للاجازة فهكذا الجزء قابل للحوق القبول، وليس ايجاب الفضولي مثل ايجاب المالك الذي له ابطال ايجابه قبل قبول المشتري، وبعبارة أُخرى: إذا كان أمر الفضولي أشبه بتنظيم السند الخالي عن الامضاء فلا بأس للاعتناء به مطلقاً من غير فرق بين الجزء والكل.

لو كان العاقد واحداً:

هذا كلّه في ما إذا كان هناك عاقدان، وربّما يتّحد العاقد ويعقد عن الطرفين ولاية ووكالة، أو أصالة من جانب نفسه، وولاية ووكالة من جانب غيره، فالصور المتصوّرة أربعة، والصحيح منها ثلاثة:

١ـ أن يشتري لنفسه عن غيره.

٢ـ أن يشتري لغيره عن نفسه.

٣ـ أن يشتري لغيره عن غيره.

وأمّا القسم الرابع: وهو أن يشتري لنفسه عن نفسه فهو باطل [1].

فيقع الكلام في مقامين: «**الأوّل**»: في ثبوت الخيار وعدمه، «**الثاني**»: في ما هو المسقط على فرض الثبوت.

أمّا المقام الأوّل ففيه قولان: الأوّل: ثبوت الخيار وهو الظاهر عن الشيخ في

١ـ وبذلك يظهر معنى عبارة الشيخ حيث يقول: لو كان العاقد واحداً لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة، فالمقصود أن يعقد لنفسه (عن غيره)، أو لغيره عن نفسه، أو لغيره (عن غيره).

مبسوطه وابن البراج في مهذبه والمحقّق في شرائعه، والشهيد في دروسه. والثاني: عدم الخيار، واستقربه صاحب الحدائق.

أمّا القول بثبوت الخيار، فيقال: إنّ العاقد الواحد بائع ومشتر فله ما لكلٍّ منهما كسائر أحكامهما الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين، فكما أنّ سائر أحكام المتبايعين ثابت للعاقد الواحد فهكذا خيار المجلس [1].

فإن قلت: إنّ الموضوع في لسان الدليل: «البيّعان» وهو لا يصدق على الواحد.

قلت: إنّ التثنية، لجهة بيان أنّ الحكم ثابت لكلّ من البائع والمشتري وليس خاصّاً بواحد منهما، وليست ناظرة إلى وجوب التعدّد حتى يخرج العاقد الواحد، فالغاية من التثنية هو تسرية الحكم إليهما لا لإخراج العاقد الواحد، ولأجل ذلك يقول المحقّق: لو كان العاقد واحداً عن اثنين كالأب والجد، كان الخيار ثابتاً، ومثله غيره.

أمّا عدم ثبوت الخيار: فإنّ الظاهر من الغاية هو ثبوت الخيار فيما إذا أمكن التفرّق، وهو غير ممكن في المقام، وإن شئت قلت: إنّ الموضوع بالنظر إلى النصّ صورة التعدّد، والغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدّد، ولو أُجيب عن الأوّل بأنّ الاتيان بالتثنية لغاية التسرية لا لاعتبار التعدّد، يبقى امكان الافتراق بحاله.

فربّما يجاب عن الاستدلال بأنّ قوله ما لم يفترقا محمول على ارادة السلب بمعنى أنّ الخيار ثابت ما لم يحصل الافتراق، وهنا (إذا كان العاقد واحداً) لم يحصل

١ـ فلو كان ولياً لصغير فأُكره على العقد يلحقه حكم الاكراه، وإن كان وكيلاً من جانب آخر ولم يحصل التقابض في المجلس في الصرف والسلم يبطل.

افتراق لعدم ما يحصل به الافتراق، وهو التعدّد.

يلاحظ عليه: أنّ حمل الذيل على ارادة السلب أي تقابل السلب والايجاب، بعيد. والظاهر كون التقابل تقابل العدم والملكة.

وربّما يجاب عن الاستدلال أيضاً بأنّ كلمة «حتى» كما تدخل على الممكن، تدخل على المستحيل، مثل قوله تعالى:

﴿ولا يَدخلُونَ الجنَّـةَ حتّى يَلِجَ الجَمَلُ في سَمِّ الخِياط﴾ (الأعراف/ ٤٠).

يلاحظ عليـه : بأنّه إذا دخلت لفظة «حتى» على المستحيل لا تكـون غاية حقيقة بل تكـون صورة غاية، والمقصـود هو كون الحكم مستمرّاً إلى الأبـد، لا أنّه مستمر إلى تلك الغاية. وهذا بخلاف المقام، فإنّ الافتراق غاية للحكم، والمقصود انقطاع استمراره بحصول الغاية.

والأولى: أن يجاب بالفرق بين كون الغاية قيـداً للحكم وبين كونها غاية له، فلـو كـان المراد هـو الأوّل يكـون الموضـوع الخيـار المقيّـد بما قبـل الافتراق وهـذا لا يتحقّق إلاّ في مورد أمكن الافتراق، و إن كـان المراد هو الثاني يكون الخيـار ثابتاً لكلٍّ مـن المتبايعين بـلا قيد وشرط، وكـون التفرّق غـاية لـه، يعني أنّـه إن حصل التفرّق يرتفع الخيار، و إن لم يحصل يبقـى بحاله، ولا يختص بما إذا حصل التفرّق، ولأجل ذلك لو تعدّد العاقد، ولكن لم يمكن الافتراق كما في الانسانين المتلاصقين إذا تعـامـلا يكـون لهما الخيار و إن لم يمكـن الافتراق، وهـذا مثلما إذا قيل: «أكـرم العلماء إلى أن يفسقوا» وليـس المراد الإكرام المقيّد بكـونه قبـل الفسق بل المراد أنّ الفسق على فرض حصوله رافع للوجوب.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم توقّف في المسألة وقال: الأولى التوقّف تبعاً للتحرير، ولكنّه لا مجال لـه، إذ غاية الأمر صيرورة الحديث مجملاً فيرجع إلى الأصل الأوّلي الذي أسّسه في البحث السابق وهو أصالة اللزوم إلاّ ما قام الدليل على الخيار فيه.

هذا كلّه في المقام الأوّل أعني: ثبوت الخيار وعدمه، وأمّا المقام الثاني وهو أنّه على فرض الثبوت فما هو المسقط؟! فذكر المحقّق هنا أُموراً ثلاثة، وقال:

١ـ كان الخيار ثابتاً ما لم يشترط سقوطه (في متن العقد).

٢ـ أو يلتزم به عنهما بعد العقد.

٣ـ أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول .

وذكر في الجواهر أنّه لم يعرف قائل المسقط الثالث ولعلّه لبعض العامّة [1]. ووهنه ظاهر، لأنّ رافع الخيار ليس هو مفارقة المجلس، ولأجل ذلك لو كان البائعان مصطحبين إلى مقدار من النهار بقي الخيار وإن تركا مجلس العقد، فما ربّما يقال بأنّ مفارقة المجلس مسقطة فإنّما هو لأجل تلازمه مع التفرّق وإلاّ فلا، والأولى الاكتفاء بالمسقطين المذكورين، وإلاّ فيبقى العقد خيارياً حتى يسقط الخيار بسائر الأُمور المسقطة الآتية.

١ـ الجواهر، ج٢٣، ص ٢٠.

في مستثنيات خيار المجلس:

ربّما يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم هذا الخيار، وقد ذكر الشيخ موارد أربعة:

١ـ من ينعتق على أحد المتبايعين.

٢ـ العبد المسلم المشترى من الكافر.

٣ـ شراء العبد نفسه.

٤ـ المبيع إذا لم يكن قابلاً للبقاء كالجمد في الجو المشمس الحار.

المسألة الأُولى:

إذا اشترى رجل من ينعتق عليه فيقع الكلام في موضعين:

الأوّل: تعلّق الخيار بالعين.

الثاني: تعلّقه بأخذ القيمة.

أمّا الأوّل فالظاهر من غير واحد عدم الخيار بالنسبة إلى العين، غير أنّه حكي عن الدروس ثبوت الخيار للبائع. أمّا بيان عدم تعلّقه بالعين على وجه الاجمال فلتضافر الروايات على أنّهم إذا ملكوا عتقوا. كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر ـ عليه السلام ـ قال: «إذا ملك الرجل والديه أو اخته أو خالته أو عمّته عُتِقوا» [1].

وموثقة عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله: «إذا ملك الرجل والديه أو اخته أو عمّته أو خالته عُتِقوا» [2].

---

١ و ٢ـ الوسائل: ج١٦، الباب ٧، من كتاب العتق، الحديث ١ و٣ ، ولاحظ: الحديث ١، من الباب الرابع من كتاب بيع الحيوان.

وظاهر الـرواية تحقّق الانعتاق بمجرّد التملّك، ومن المعلوم أنّـه لا رقّية بعد الحرية، فلا يعود الحر رقّاً.

نعم، على قول من يذهب إلى توقّف الملكية على انقضاء زمان الخيار، أو قول من يقول بأنّ الانعتـاق من آثار الملكية المستقـرّة لا المتزلزلة، أو قـول من يقول إنّ الانعتاق وإن كـان يحصل بمجرد الملك إلاّ أنّه متـزلزل يقبل العود إلى الرقيـة، وما دلّ على أنّ الحر لا يعود رقّـاً، فإنّما هو في الحريـة المستقرّة أو الأصلية، ـــ على هذه الأقوال ـ فالخيار بعد باق لامكان رجوع العين، غير أنّ المبنى الأوّل باطل لذهاب المشهور إلى خلافه، ولم ينقل إلاّ عن الشيخ.

وأمّا المبنى الثـاني فكون العتق من آثار الملكيّة المستقـرّة على خلاف اطلاق الـروايتين، فإنّ ظاهـره أنّ الملكية آنـاً مـا يوجب العتـق من غير فرق بين المستقـرّة وغيرها، وبذلك يظهـر ضعف الثالث من التشكيك في اطلاق عـدم عود الحرّ رقّاً فتخصيصه بالحرية المستقرّة كما ترى.

ثمّ لو صحّـت هذه الاحتمالات لم يبق فرق بين رد المشتري والبائع فـلا وجه لتخصيص الخيـار بـالبـائع دون المشتري، غير أنّ المعلوم مـن مذاق الشـارع هـو اشاعة العتـق وتقليل الرقّية، فالاحتمالات الثـلاثة لا تجتمع مع ما هـو المعلوم من مذاق الشارع في مورد الرقّية، فعدم تعلّق الخيار بالعين هو الأظهر.

تعلّق الخيار بأخذ القيمة:

أمّا الثاني أي تعلّقه بأخذ قيمة العين ففيـه وجهان بل قولان: بين نافٍ لبقاء الخيار، ومثبت له، فقد استدل النافي بوجوه نشير إليها:

١ـ عدم صدق البيّعين على المتعاقدين وإنّما هو صورة شراء، والانشاء مقدمة للانعتاق، والمقام أشبه بالبيع الاستنقاذيّ، كما في شراء الأسير المسلم من الكافر [١].

يلاحظ عليه: أنّه خلط بين الغاية ونفس العمل، فالغاية شيء وما يقوم به الطرفان شيء آخر، والعمل في نظر العرف بيع وشراء، فهذا يبيع رقيقه، وذاك يشتريه، وإن كان الباعث للشراء هو العطوفة والمحبّة الرحمية.

٢ـ ما ذكره في التذكرة من أنّ المشتري وطَّن نفسه على الغبن المالي والمقصود من الخيار أن ينظر ويتروّىٰ لدفع الغبن عن نفسه، وأمّا من جهة البائع فهو وإن كان عقد معاوضة لكن النظر إلى جانب العتق أقوى [٢].

يلاحظ عليه: بأنّ المشتري وطَّن نفسه لصرف مقدار من المال يساوي قيمة الرقيق في طريق رحمه، ولا يطلب من ذلك سوى عتقه، وأمّا التوطين على صرف ما يزيد على قيمته (وإن لم يصدق الغبن) فليس بثابت لو لم نقل بثبوت خلافه فيقوم باعمال الخيار لدفع الضرر بدفع القيمة وأخذ الثمن.

٣ـ انصراف دليل الخيار إلى حال وجود العوضين، فإذا تلف أحدهما أو كلاهما فلا خيار، فإنّ الانعتاق شرعاً يعد نوع تلف، لامتناع رجوع الحرّ رقّاً.

يلاحظ عليه: بأنّه لا وجه للانصراف أو للاختصاص ببقاء العين سوى ما سيجيئ في الوجه الخامس من قيام الخيار بالعين، فإذا تلفت العين تكويناً أو تشريعاً فلا موضوع للخيار، وسيوافيك ضعفه، وانّ الخيار قائم بالبيع والعقد،

١ـ منية الطالب: ج٢، ص ١٧.

٢ـ تذكرة الفقهاء: ج١/ ٤٩١.

وتعلّق الخيار حدوثاً وإن كان متوقّفاً على وجود العوضين أو أحدهما، ولكن بقاؤه أوسع من ذلك فيبقى الخيار ببقاء البيع والعقد، وإن كانت العين تالفة حقيقة أو حكماً.

٤ـ ما اعتمد عليه الشيخ الأعظم من أنّ الشراء، إتلاف له في الحقيقة وإخراج له عن المالية، وسيجيئ سقوط الخيار بالاتلاف بل بأدنى تصرّف، فسقوط خيار المشتري لأجل كونه متلِفاً.

وأمّا سقوط خيار البائع، فلأنّ بيعه ممّن ينعتق عليه اقدام على اتلافه واخراجه عن الماليّة. ثمّ قال: إنّا إذا قلنا إنّ الملك فيمن ينعتق عليه، تقديري لا حقيقي، فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطاة على اخراجه عن المالية وانسلاكه في ما لا يتموّل لكنّه حسن مع علمهما[1].

وحاصل كلامه أنّ بيع العبد ممّن ينعتق عليه اتلاف بشرطين:

الأوّل: علمهما بأنّ المبيع ممّن ينعتق على المشتري.

الثاني: أنّ مالكية المشتري لمن ينعتق عليه تقديري لا حقيقي.

أمّا الأوّل فشرطه واضح، لأنّ الجاهل لم يقدم على الاتلاف، وإن كان التلف مترتّباً عليه.

وأمّا الثاني فلأنّه إذا كانت الملكية تقديرية كانت الغاية من البيع هي التحرير، ويكون العقد صورة قانونية للهدف من دون أن يكون هناك بيع ولا شراء، بل أشبه باستنقاذ الأسير المسلم من الكافر. وعلى ذلك فالاقدام على بيع من

١ـ المتاجر: قسم الخيارات ص ٢١٨.

ينعتق، اقدام على الإعتاق، وانشـاؤه انشاء له، وهذا بخلاف مـا إذا كانت الملكيّة حقيقية فـالبائع إنّما أقـدم على ملكية المشتري، والثـاني اشتراه لتلك الغايـة، وأمّا الانعتاق فهو أثر مترتّب على الملكية وعلى المنشأ.

هذا ما يمكن به توضيح كلام الشيخ.

ولكن يمكن أن يقال: إنّـه لا فرق بين كون الملكية تقديريـة أو تحقيقية، أمّا على الأوّل فلما ذكـره، وأمّا على الثـاني فـالطرفـان و إن أقـدما على الملكيـة لا على التحـرير، ولكنّهما لما كـانـا واقفين على أنّ انشـاء الملكيّة يترتّـب عليـه التحريـر، والانعتاق، فلا ينفك قصد السبب عن قصد المسبّب، أعني: التحرير، وهذا نظير ما إذا قامت أُمّ الـزوجة بارضاع ولد بنتهـا مع العلم بأنّه يترتّب عليه شرعـاً حرمة بنتها على زوجها فلا يصحّ لها أن تعتذر بـأنّها لم تقصد إلاّ الرضاع وسدّ الجوع دون التحريم، و إنّما هو حكم قضىٰ بـه الشارع، وذلك لأنّ العلم بأنّ السبب (ارضاع ولد الولد) لا ينفك عن المسبّب، يستلزم كونه قاصداً للتحريم بلا شك.

والحاصل: أنّه لا يظهر فـرق بين الملكية التحقيقية والتقديريـة في عد البيع في أحدهما إتلافاً دون الآخر و إن كان الانعتاق في الثانية نتيجة الانشاء بلا فصل، ونتيجة الملكية المنشأة في الأُولى.

وبذلك يظهر عـدم تمامية ما ذكره السيد الطباطبـائي ـ قدّس سرّه ـ من أنّ الشراء ليس إتلافـاً بحسب قصد المتعاقديـن و إن علما بأنّ الحكم الشرعي ذلك، فهو كما لو باعـا مع العلم بوجود خيار المجلس أو الحيوان، فإنّـه ليس إقداماً على الخيار وجعلاً له، حتى يكون راجعاً إلى خيار الشرط.

وبعبارة أُخرى: المفروض أنّه لا يقصـد منه إلاّ التملّك الحقيقي، والانعتاق

حكم تعبّـدي شرعي قهـري، بل لو قصـد بالشراء الاعتـاق بطل، لأنّ العتق فـرع الملكية[١].

وجه النظر يظهر ممّا ذكرناه، إذ لا شكّ أنّ الطرفين قصدا الملكية لكن قصد الملزوم لا ينفك عن قصد لازمه عند العلم با لملازمة.

وتبعـه المحقّق النائينـي حيث قـال: إنّ الانعتاق حكم شرعـي مترتّب على الملك، فمجرّد علم المتبايعين به لا يـؤثّر في سقوط الخيار لأنّهما لم يُقدِما إلاّ على بيع العبـد، والانعتـاق والخيـار حكمان مجعـولان واردان على الموضـوع، فـلا وجـه لترجيح أحدهما على الآخر[٢].

والأولى في الجواب أن يقال: إنّـه ليس هناك دليل لفظي على بطـلان الخيار بالاتـلاف إلاّ ما ورد في باب خيـار الحيوان من أنّ التصرّف والاحداث فيـه يسقط خيار الحيوان، ففي صحيحة علي بن رئاب عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: «الشرط في الحيـوان ثـلاثـة أيّـام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحـدث المشتري فيما اشترى حدثـاً قبل الثلاثة أيّـام فذلك رضـا منه، فلا شرط، قيل لـه: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»[٣].

وهـذه الـروايـات صريحة في التصرّف التكـويني، وأمّـا التصرّف التشريعـي بمعنى إيجاد فعل بحكم الشارع عليه بالانعدام تشريعـاً، فلا يشمله لسان الدليل، فالحق بقاء الخيار حتى مع الانعتاق.

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي على الخيارات، ص ٧.

٢ـ منية الطالب: ج ٢، ص ١٧.

٣ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٤، من أبواب الخيار، الحديث ١.

٥ــ أنّ الفسخ عبارة عن ارجاع العوضين إلى محلّهما قبل البيع، ولا يعقل ارجاع المعدوم كما لا يعقل بيع المعدوم، والمنعتق و إن لم يكن معدوماً لكنّه بحكمه لأنّه لا يمكن ارجاعه تحقيقاً إلى محلّه، ولا ارجاعه إلى ملك المشتري لينتقل منه إلى البائع تحقيقاً لحقيقة الفسخ.

يلاحظ عليه: أنّ مبنى الاستدلال أنّ الخيار متعلّق بالعين، فإذا تلفت ولو شرعاً لم يبق لاعمال الفسخ مجال لأنّه عبارة عن ارجاع العوضين إلى محلّهما قبل البيع، ولا يعقل ارجاع المعدوم، وفي كلا الأمرين نظر.

أمّا الأوّل: أي تعلّق الخيار بالعين، فهو خلاف ظاهر الأدلّة لأنّ لسانها هو «البيّعان بالخيار» بمعنى أنّ المتعاقدين بالخيار، فالخيار يحمله العقد و إن كان أثره يظهر في متعلقه، أعني: الثمن والمثمن، والعقد حدوثاً و إن كان يتوقّف على وجود العوضين أو أحدهما، ولكنّه بقاءً غير متوقّف عليه، فلو تلف المبيع لا يكون العقد معدوماً فالتعهّد أو التعاهد باقيان على حالهما، فلو كان هناك فسخ فيتعلّق بحل العقد ورفع العهد، وحلّه.

وأمّا الثاني: أعني كون الفسخ عبارة عن ارجاع العوضين إلى محلّهما قبل البيع فهو أيضاً غير تام و إنّما هو أثر الفسخ في بعض الموارد فالفسخ حقيقة عقلائية، وحل العقد أمر عرفي، له آثار مختلفة حسب اختلاف موارده.

فتارة يكون أثره هو ما ذكر كما إذا حلّ العقد وكانت العينان باقيتين.

وأُخرى يكون ارجاع من جانب والتخلّي عن العهد من جانب آخر، كما إذا باع قمحاً على وجه السلف وأخذ الثمن ثمّ فسخه المشتري، فيرجع الثمن إلى المشتري، ولا يرجع إلى البائع شيء سوى تخلّيه عن العهد.

والحاصل: أنّ الفسخ أمر عقلائي يطلب لنفسه في كلّ مورد أثراً ولا ينحصر أثره بما ذكر، وعلى ضوء ذلك فلو فسخ البائع وكانت العين باقية، ترجع العين إلى ملكه، وأمّا لو كانت تالفة تكويناً أو تشريعاً فينتقل إلى بدلها، أعني: القيمة السوقية حسب حكم العقلاء، ولا يكون لحلِّ العقد هنا أثر إلاّ ذاك، فإذا كان لدليل الخيار اطلاق حتى في مورد تلف العين، يكون العمل به على هذا النحو العقلائي.

ثمّ إنّ الشيخ ذكر هناك وجهين مختلفين: فعلى الأوّل ذهب إلى أنّه لا أثر لاعمال الخيار، وهو رجوع المبيع إلى المشتري، حتى ينتقل إلى بدله دون الثاني، وإليك ملخّص عبارته، ثمّ إيضاحها.

الوجه الأوّل:

إذا قلنا: إنّ فسخ العقد خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه نظراً إلى أنّ خروج أحد العوضين (المبيع) عن ملك أحدهما (المشتري) يستلزم دخول الآخر فيه ولو تقديراً [1] لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه. ولو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد، والانعتاق عقيب الملك آناً ما إذ برفع العقد لا يقبل المنعتق عليه لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع ولو تقديراً، إذ ملكية المشتري لمن ينعتق عليه لا يترتّب عليه سوى الانعتاق، ولا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجاً عن ملك المشتري إلى ملك البائع ثمّ انعتاقه مضموناً

ــــــــــــ

١ـ هو قيد للخروج أي خروج المبيع عن ملك المشتري تقديراً، ودخوله في ملك البائع وفرض تلفه في ملكه حتى يكون مضموناً له على المشتري لأنّ المفروض أنّ المتلف هو المشتري وقد أتلفه في ملك البائع.

على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار ثمّ فسخ البائع، والحاصل أنّ الفاسخ يتلقّى الملك من المفسوخ عليه، وهذا غير حاصل فيما نحن فيه[1].

توضيح هذا الوجه بذكر أمرين:

١ـ أنّ ضمان المشتري للمبيع لا يتحقّق إلاّ إذا تلف المبيع في ملك البائع، فلأجل ذلك لا مناص من تقديره ملكاً للبائع حتى يكون التلف من جانب المشتري في ملكه ويكون ضامناً.

٢ـ أنّ الفاسخ لا يتلقّى الملك إلاّ من المفسوخ عليه، وهو المشتري، فيجب أن يتملّكه المشتري قبل التلف ثمّ يخرج من ملكه إلى ملك البائع ويفرض التلف في ملكه.

وبما أنّ الأمر الثاني لا يتحقّق في المقام لأنّه كلّما تملّكه المشتري بعد فسخ البائع، يترتّب عليه الانعتاق ولا تصل النوبة إلى تلقّي الفاسخ الملك من ملك المفسوخ عليه، فلا يكون لهذا الفسخ أثر، وهذا بخلاف ما إذا كان التلف تكوينيّاً كما إذا تلف المبيع عند المشتري، فإذا فسخ البائع يقدَّر خروجه عن ملك المشتري ودخوله في ملك البائع قبل التلف، فيكون التلف في ملك البائع.

هذا هو مقصوده، ولكنّك خبير بأنّ ما ذكره اعتبارات لا يساعده العرف في المقام، إذ لا دليل على الأمر الأوّل، أي بأن يكون الضمان موقوفاً على كون التلف في ملك البائع، بل لو فرضنا أنّ التلف كان في ملك المشتري ولكن قام البائع لحل

١ـ المتاجر: قسم الخيارات ص ٢١٨، طبعة تبريز، وفي المطبوعة سقط قوله: «ملك من انتقل إليه إلى» فلاحظ.

العقد عن حين الفسخ. لزم على المشتري عند العقلاء أن يقوم بردّ المبيع إن كان موجوداً وبدله إن كان تالفاً أخذاً بالتعهّد من دون حاجة إلى هذه التجشّمات.

كما لا دليل على الأمر الثاني أي تملّك الفاسخ الملك (العين) من المفسوخ عليه، بل يكفي تملّكه البدل منه.

الوجه الثاني:

إن قلنا إنّ الفسخ لا يقتضي أزيد من ردِّ العين إن كانت موجودة وبدلها إن كانت تالفة أو كالتالف،ولايعتبر في صورة التلف امكان تقدير تلقّي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه، بل يكفي أن يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف ...كان الأوفق بعمومات الخيار ، القول به هنا.

وهذا هو الذي أيّدناه وقلنا إنّ حكم العقلاء بالضمان لا يتوقّف على التكلّفات الموجودة في الوجه الأوّل.

هذا كلّه حول المسألة الأُولى أي بيع العبد ممّن ينعتق عليه.

وليعذرني اخواني فقد خرجنا عمّا تعهّدنا به في صدر البحث من الاجتناب عمّا لا يمسّ الحياة في عصرنا هذا، ولكن لمّا كان البحث عن هذه المسألة مفيداً لأجل تحقيق حقيقة الفسخ، فقد آثرنا خطوات القوم في المقام.

المسألة الثانية:

إذا اشترى العبد المسلم من الكافر فربّما يحتمل عدم الخيار لما ذكره الشيخ في الوجه الأوّل من أنّ الفسخ يتوقّف على رجوع العين إلىمالكها الأصلي (الكافر) ولو تقديراً، لتكون مضمونة له بقيمتهاعلى من انتقلت إليه ورجوع المسلم إلى الكافر

غير جائز.

ولكنّك قد عرفت أنّ الفسخ لا يتوقّف على رجوع العين، لا إلى المشتري ثمّ البـائع كما في المسألـة الأُولى، ولا إلى المالـك الأصلي كما في المقـام، وبما أنّ رجـوع المسلم إلى الكافر غير جائز يكفي في الضمان لزوم الخروج عـن عهدته، فلو كانت العين موجودة فبردّهـا و إلاّ فبقيمتها من دون حاجة إلى دخولها إلى ملك أحد من المشتري أو البائع.

وأمّا المسألة الثالثة: أعني شراء العبد نفسه، فلعلّ عدم الخيار ولو بالنسبة إلى القيمة هو الأظهر لعدم شمول أدلّته له.

وأمّا المسألـة الرابعة: أعنـي عـدم الخيـار فيما إذا لم يكن قـابـلاً للبقـاء فلانصراف الأدلّة عن مثله.

خيار المجلس وسائر العقود:

يظهـر من غير واحـد، اتّفاق العلماء على عـدم دخـول خيـار المجلس في العقود الجائزة، قـال الشيخ الطـوسي: الوكالـة، والعاريـة ، والقراض، والجعـالة، والوديعة لا خيـار فيها في المجلس، ولا يمتنع دخول الشرط فيها، ثـمّ قال: دليلنا على عدم الدخول، هو الاجماع [1].

و سبب ذلك أنّ الموضوع لخيار المجلس في الـروايات، هو البيّع، فلا يثبت في العقود الأُخـرى مطلقاً، جائزة كانـت أم لازمة، أمّا الأُولى فلاختصـاص أدلّة

ــــــــــــ

١ ــ الخلاف ٣/ ١٣، كتـاب البيـوع، المسألـة ٧. وقـريب منـه كـلام القـاضي في جـواهـره لاحـظ المسألة ١٩٥.

خيار المجلس بالعقد اللازم، مضافاً إلى لغوية دخوله فيها، لأنّها في جميع الأوقات جائزة، ولا حاجة للتوقيت.

إنّما الكلام في ثبوته، في العقود اللازمة كالاجارة والصلح، فالحق حسب أُصولنا عدمه، لاختصاص الموضوع بالبيّع، وهو غير صادق على الموجر والمتصالح، قال الشيخ: إذا احال بمال عليه على غيره، فَقَبِلَ المحتال الحوالة، جاز أن يدخلها خيار الشرط ولا خيار مجلس فيه، وقال الشافعي: لا يدخله خيار الشرط وفي خيار المجلس وجهان [١]، وذكر في ما إذا ملك الشفيع الشقص بالثمن، وانتزع عن يدي المشتري أنّه ليس له خيار المجلس [٢].

فإن قلت: إنّ الظاهر من الفقهاء تسرية أحكام البيع إلى سائر العقود المعاوضية مثل: كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، ونحو ذلك، فليكن المقام من هذا القبيل.

قلت: إنّ أحكام البيع على قسمين: منها ما يستظهر من أدلّتها أنّها ثابتة للبيع لكونه معاوضة، مثلاً انّ الضمان المعاوضي اقتضى كون التلف قبلَ اقباضه من مال بائعه، لا خصوص البيع. ومثله خيار العيب فإنّ جواز الردّ لأجل وجود الاشتراط الضمني على أن يكون المبيع سالماً لأنّ الأصل في الخلقة هو السلامة ــ على ما سيوافيك تفصيله ــ فلو تخلّفت يكون له نقض المعاوضة، لأنّه على خلاف الأصل الذي هو كالشرط الضمني فيعم الحكم كل معاوضة، وهذا بخلاف المجلس فإنّه حكم تعبّدي ورد في مورد البيع لا يتعدّى من البيع إلى غيره إلاّ بدليل شرعي.

١ و ٢ـ الخلاف: ٣/١٣، كتاب البيوع، المسألة ١١ و ١٣.

خيار المجلس وبيع الصرف والسلم:

لا اشكال في شمول اطلاق الدليل لبيع الصرف بعد التقابض، والسلم بعد الاقباض، إنّما الكلام في شموله لما قبلهما. وبعبارة أُخرى: الكلام في مبدأ الخيار، فيهما بعد كونه من حين العقد في غيرهما فهنا وجهان:

الأوّل: إنّ مبدأ الخيار هو العقد في غير الصرف والسلم لظهور النص في كون البيع علّة تامّة للخيار وأمّا فيهما فإنّما هو بعد التقابض والإقباض، وذلك لأنّ الخيار يتعلّق بالعقد الصحيح، والمفروض أنّه لا صحّة قبلهما، فلو تبايعا ولم يتقابضا، وتفرّقا، بطل العقد، بخلاف ما إذا تفرّقا في غيرهما فلا يبطل العقد، وبذلك يظهر الفرق بين التقابض في الصرف والسلم والتقابض في غيرهما، فإنّ التقابض في الأوّل مكمّل للعقد وجزء منه، ولولاه لكان العقد ناقصاً وهذا بخلافه في غيرهما، فإنّ البيع والعقد كاملان، وليس التقابض إلاّ عملاً بالتعهّد وخروجاً عن عهدة الواجب الذي فرضه عليهما العقد.

وإن شئت قلت ـ في وجه عدم الخيار قبل التقابض ـ: إنّ الخيار فك العقد الصحيح وحلّه وهو فرع كونه موجوداً، والمفروض أنّه لا يتمّ إلاّ بالتقابض وهو غير متحقّق بعد، ويترتّب عليه: أنّه لا موضوع للخيار قبل التقابض والدليل لا يعمّهما بل هو خارج عنه موضوعاً.

الثاني: إنّ مبدأ الخيار هو العقد مطلقاً، غاية الأمر: أنّ جعل الخيار قبل إكمال العقد، يتوقّف على وجود الأثر وهو موجود، لأنّه إن قلنا بوجوب التقابض تكليفاً، فثمرته هو رفع وجوبه بالفسخ فله أن يمتنع عنه بعده، وإن قلنا بعدم

وجوبه، فثمرة الفسخ، هو خروج العقد بفسخ ذي الخيار عن قابلية لحوق القبض المملك، ولأجل ذلك لو فرض اشتراط سقوط خيار المجلس في العقد، لم يخرج العقد بفسخ أحدهما عن قابليّته.

يلاحظ عليه: أنّ حقيقة الفسخ، هو فك العقد، فلو أمكن صحّ جعله، و إلاّ فلا، وأمّا رفع وجوب التقابض أو إخراج العقد عن القابلية والصلاحية لأن يلحقه القبض المملِّك، فليسا من الآثار البارزة له حتّى يصحّ ثبوته لأجل ذينك الأثرين.

نعم لو صحّ حلّ العقد تترتّب عليه الآثار الأُخر من رفع الوجوب أو إسقاط الصلاحية، ولكن المفروض أنّه لم يتحقّق الموضوع (العقد).

ثمّ إنّه ربّما يستدلّ على وجوب التقابض بوجهين:

١ـ ماذكر العلاّمة في التذكرة من أنّه لولاه، لزم الربا. والاستدلال ضعيف:

أمّا أوّلاً : فلأنّه يتمّ فيما إذا كان العوضان من جنس واحد لا ما إذا كانا من جنسين كبيع الذهب بالفضّة، فإنّ الزيادة في الأوّل ممنوع دون الثاني.

وثانياً: فلأنّ ترك التقابض يوجب البطلان لا الربا، وإنّما يتصوّر الربا فيما إذا قبض واحد، متأخّراً عن الآخر بمقدار معتد به، فبما أنّ للأجل قسطاً من الثمن، فالمتأخّر قد أخذ أزيد ممّا أخذه المتقدّم [1].

٢ـ ما ذكره الشيخ الأعظم من أنّه مقتضى قوله سبحانه: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ وإن لم يكن العقد هنا بنفسه مملكاً. وهذا الوجه كالسابق، لأنّ المفروض أنّه

١ـ التذكرة: ١/ ٥١٧، في بيع الصرف قال: لو تعذر عليهما التقابض في المجلس و أرادا الافتراق لزمهما أن يتفاسخا العقد بينهما فإن تفرّقا قبله كان ذلك ربا ....

لا عقد قبـل التقابض، لأنّـه شرط في صحّة العقـد، فما لم يتحقّق التقـابض لايتمّ العقد، وكونه عقداً عرفاً قبله غير مفيد، بعد تضافر الروايات على شرطية التقابض في صحّة العقد. ففي رواية محمّد بن قيس عن أبي جعفر ـ عليه السلام ـ قال: «قال أمير المؤمنين ـ عليه السلام ـ: لايبتاع رجل فضّة بذهب إلاّ يـداً بيدٍ، ولا يبتاع ذهباً بفضّة إلاّ يداً بيدٍ»[1]. ولأجل كونه شرطاً في الصحّة جـاء في صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: «إذا اشتريت ذهبـاً بفضّة أو فضّة بذهـب، فـلا تفارقه حتّى تأخذ منه و إن نزى[2] حائطاً فانز معه»[3].

فالحقّ أن يقـال: إنّ مبدأ الخيـار في الصرف والسلم إنّما هـو بعد التقـابض دون غيرهما، فالمبدأ فيه هو تمام العقد مع صحّته.



١ـ الوسائل: ١٢، الباب ٢ من أبواب الصرف الحديث ٣ .

٢ـ نزى: وثب.

٣ـ الوسائل: ١٢، الباب ٢ من أبواب الصرف الحديث ٨.

في مسقطات خيار المجلس:

ذكر الفقهاء أنّه يسقط بأُمور أربعة:

١ـ اشتراط سقوطه في نفس العقد.

٢ـ اسقاطه بعد العقد.

٣ـ التفرّق عن رضا.

٤ـ التصرّف.

فلنأخذ كلّ واحد بالبحث:

المسقط الأوّل: اشتراط سقوطه في نفس العقد:

لا يظهر الخلاف في سقوطه بالاشتراط في متن العقد. والدليل عليه هو عموم: «المؤمنون عند شروطهم» [1] والمفروض أنّ الشرط المزبور أمر جائز في نفسه فلا يشمله ذيله: إلاّ ما حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً.

فإن قلت: إنّه معارض بإطلاق أدلّة خيار المجلس والنسبة بين الدليلين عموم من وجه، فلا وجه لتقديم أحدهما على الآخر.

قلت: إنّ دليل نفوذ الشرط الجائز مقدّم على دليل خيار المجلس وذلك لأنّ معنى دليل الخيار أنّ البيع بما هو هو مع قطع النظر عن الطوارئ والعوارض مقتضى للخيار، وأمّا معها فلا بأس من منع تأثير المقتضى كما هو الحال في كلّ

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

العناوين الأوّلية بالنسبة إلى الثانويّة، فالتوضّؤ للصلاة بما هو هو واجب والنوافل الليلية بما هي هـي مستحبّة، ولا ينافي ذلك ارتفاع وجـوب الأوّل بالضرر والحرج، أو كونها واجبةبالنذر وغيره[١].

وما أفاده السيّـد الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ من أنّ وزان قولـه: «من شرط شرطاً فليف بشرطه» وزان قوله تعالى: ﴿أوفوابالعقود﴾، غير تامّ لما فيه **أوّلاً**: أنّه أي فرق بين دليل الشرط ودليل النذر، أعني قوله: ﴿**وليوفوا نذورهم**﴾ (الحجّ/ ٢٩) حيث يوصف الثـاني دليلاً ثانـوياً دون الأوّل مع اتّحادهما في اللســان، أعني: «من شرط شرطاً فليف به».

وثانياً:**إنّ التقدّم ليس رهن كـون دليل الشرط عنواناً ثانويّـاً حتّى يمنع عنه** بل يكفـي فهم العـرف من أنّ الخيار أمـر اقتضـائي نافـذ لو لم يمنـع عنه طـارئ وحادث مثل الشرط.

وبذلك يعلم أنّه لا حاجة في علاج المعارضة بترجيح دليل الشرط بالكتاب فإنّ الترجيح فرع المعارضة.

ثمّ إنّ هناك شبهات تعرّض لها الشيخ فلنذكرها.

شبهات ثلاث حول اشتراط سقوطه في العقد:

الأولى: إنّ الشرط إنّما يجب الوفـاء به إذا كـان العقد المشروط فيـه لازماً لأنّ الشرط في ضمن العقـد الجائز لا يـزيـد حكمـه على أصل العقـد، فلـزوم الشرط يتوقّف على لزوم العقد، فلو ثبت لزومه بلزوم الشرط لزم الدور.

ـــــــــــــــــ

١ـ نسبة الوجوب إليهـا بالعرض و المجاز، و الواجب حقيقة هو الوفـاء بالنذر ولا يخرج الإنسان من عهدته إلاّ باقامتها بنيّة الاستحباب كما حقّقناه في محلّه.

يلاحظ عليه: أنّ البيع من العقود اللازمة بالطبع وبالذات، وخيار المجلس طارئ ومانع عن نفوذ لزومه قبل التفرّق، فإذا ارتفع المانع باشتراط السقوط، يعود اللزوم، وليس للاشتراط شأن إلاّ رفع المزاحم فلا يحتاج في اتّصافه باللزوم الفعلي إلى شيء آخر سوى رفع المزاحم.

وعلى ذلك فاللزوم الاقتضائي أمر طبيعي له، لا يتوقّف على شيء من صحّة الشرط ولزومه، وأمّا اللزوم الفعلي فهو يتوقّف على رفع المزاحم المتوقّف على صحّة الشرط، وأمّا صحّة الشرط فلا يتوقّف على لزوم العقد لا اقتضاءً ولا فعلاً بشهادة صحّة الشرط في العقود الجائزة وإن لم تكن لازمة لتبعية العقود للقصود. وعلى ذلك فالتوقّف من جانب واحد، وهو توقّف اللزوم الفعلي على صحّة الشرط، لا من جانبين حتّى يتوقّف صحّة الشرط على شيء.

وبالجملة: صحّة الشرط بنفسه كافٍ في إثبات اللزوم الفعلي.

الثانية: إنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر البيّعان بالخيار، فاشتراط عدم كونهما بالخيار، اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد.

أقول: الصحيح في طرح الإشكال أن يقال: إنّ اشتراط عدم كونهما بالخيار مخالف لمقتضى السنّة لا أنّه مخالف لمقتضى العقد، وذلك لأنّ المراد من مقتضى العقد هو ما لا ينفكّ عنه في نظر العرف، ويكون تفكيكه عنه بمنزلة تفكيك اللازم عن الملزوم، ويكون أشبه بالتناقض في الإنشاء، وهذا كما إذا تزوّج امرأة بشرط أن لا يتمتّع منها، فإنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد التزويج فإنّ الغاية منه هو التمتّع الجنسي، فالغاؤه بتاتاً لا يجتمع مع التزويج، ومثله إذا باع بلا ثمن أو آجر بلا أُجرة فإنّ البيع بلا ثمن والإجارة بلا أُجرة لا يعد بيعاً ولا إجارة بل يُعدّ محاباة.

وعلى ضوء ذلك فشرط عدم الخيار ليس منافياً لمقتضى العقد إذ ليس الخيار إلاّ حكماً شرعياً مترتّباً عليه بشهادة عدم وجوده بين غير المسلمين، ولو كان من مقتضياته لما انفكّ عنه في ظرف دون ظرف.

نعم يمكن أن يقال: إنّ شرط عدم الخيار مناف للسنّة الواردة القائلة بأنّ البيّعان بالخيار.

يلاحظ عليه: أنّ الهدف من الاشتراط ليس هو نفي الحكم الشرعي، حتّى يكون اشتراطه مخالفاً للسنّة بل المراد من حكم الشرع بالخيار، أنّه قد أعطى للبائع أو المشتري حقّاً ماليّاً باسم خيار المجلس، فيشترط إسقاط حقّه كما يشترط على الزوجة إسقاط حقّ قسْمها في متن العقد، والحكم الشرعي لما صار مصدراً لهذا الحقّ فالمقصود من الاشتراط هو تسليط ذي الحقّ على إسقاط حقّه المنتزع من هذا الحكم.

وبعبارة أُخرى: تارة يشترط على عدم كون العقد خيارياً، وأُخرى عدم كون البيّع ذا خيار، بإسقاط حقّه، فما يعدّ مخالفاً للسنّة هو الأوّل، لأنّه تصرّف في حريم الشارع، دون الثاني لأنّه تصرّف في حريم ذي الحقّ فله إسقاطه برضاه.

الثالثة: إنّ إسقاط الخيار في ضمن العقد، إسقاط لما لم يجب لأنّ الخيار لا يحدث إلاّ بعد البيع فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله.

يلاحظ عليه: أنّ إسقاط ما لم يجب كضمانه أمر باطل، لأنّ الإسقاط فرع الثبوت فلا معنى لإسقاط ما لم يثبت كما أنّ الضمان في مذهب الإمامية نقل ذمّة إلى ذمّة فما لم تشتغل ذمّة المضمون عنه بشيء ولم يثبت فيها لا وجه لنقله إلى ذمّة أُخرى، وهذا ما يقال: إنّ ضمان ما لم يجب باطل.

ولكن إسقاط أو ضمان ما لم يثبت، من الأُمور الاعتبارية، وصحّتهما

وبطلانهما تـدوران مدار صـلاحية الشيء للثبوت والإسقـاط عند العقـلاء، فلو لم يكن هناك ثبـوت بتاتاً حتّى بنحـو المقتضي، فاعتبار السقوط أو الضمان أمـر لغو لا يحوم حولـه العقلاء وأمّـا إذا كان هناك مقتـض للثبوت و إن لم تكن هنـاك علّة تـامّة فيصح الإسقـاط كما يصحّ الضمان، ولأجل ذلـك أطبق الفقهاء على صحّـة ضمان المبيع أو إسقـاط ضمانـه عند احتمال كـون المال مسروقاً أو مستحقّـاً للغير فللمشتري أن يضمّنه إذا بان المال مستحقّاً للغير، حتّى يرجع إليه ويأخذ منه ثمنه ولا يقال: إنّه ضمان ما لم يجب، لوجود المقتضى وهـو العقد وعدم ثبوت كونه مال الغير لا يضرّ بالضمان بعد كون المورد مظنّة لذلك، كما أنّه يصحّ للبائع البراءة من ذلك وليس ذلك إسقاطاً لما لم يجب لـوجود المقتضي، وعلى ذلك فيكفي في الثبوت وجود المظنّـة له، ولأجل ذلك صحّحنـا طلب الطبيب البراءة من الديـة إذا انجرّ العمل إلى التلف، ولا يقال: إنّه إسقاط ما لم يجب بل يعد ذلك إسقاطاً لما له مظنّة الثبوت.

وبذلـك يتبيّن أنّ المقام من قبيل إسقـاط ما ثبت لأنّ العقد بنفسـه مقتضٍ للخيـار لـو لم يكن هنـاك اشتراط السقـوط، فيكفـي هـذا المقـدار من الاقتضـاء لإسقاطه، فيكون المقام من قبيل الدفع لا من قبيل الرفع.

وبذلـك تتّضح قوّة مـا ذكره العلاّمـة في التذكـرة: «لو وكّلـه في شراء عبده وعتقه، وفي تزويج امرأة وطلاقها، واستدانة دين وقضائه، صحّ» مع أنّه لا عتق إلاّ في ملك، ولا طلاق إلاّ بعد نكاح، والمفروض أنّه بعدُ لم يملك ولم يتزوّج ومع ذلك صحّ توكيله لحصول المقتضي، بخلاف ما إذا وكّله في طلاق زوجة سينكحها.

ومثل مـا إذا قال البـائع: بعته وارتهنته، قبـل قبول المشتري وقـال: اشتريته ورهنته.

وتدلّ على صحّته صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عن رجل كان له أب مملوك ، وكان لأبيه امرأة مكاتبة قد أدّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك ، قالت: نعم ، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك؟ قال ـ عليه السلام ـ: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم[1].

والرواية صالحة للاستدلال على حكومة أدلّة الشروط على أدلّة الأحكام الأوّلية، وقد استدلّ بها الشيخ عليها، كما أنّها صالحة للاستدلال بها على المقام، **فيكفي في الإسقاط وجود المقتضي، حيث إنّ المكاتبة بعد لم تملك الخيار، مع أنّها أسقطتها قبله.**

صور إسقاط الخيار في العقد:

ثمّ إنّه يتصوّر إسقاط خيار المجلس في متن العقد على وجوه:

١ـ سقوطه في متن العقد على وجه شرط النتيجة بأن يكون الخيار ساقطاً بهذا الشرط من دون أن يحتاج سقوطه إلى سبب آخر، وهذا كما إذا باع الشاة واشترط كونها صدقة أو وقفاً بمعنى صيرورة الشاة بنفس هذا البيع والشرط ـ لا بسبب آخر ـ صدقةً أو وقفاً.

٢ـ أن يشترط عدم الفسخ على نحو شرط الفعل فيقول: بعت بشرط أن لا أفسخ في المجلس، فيرجع إلى الالتزام بترك الفسخ، والمراد من الفعل هو الالتزام بترك الفسخ، وهذا نظير أن يبيع من زيد و يشترط عليه أن لا يبيعه من عمر.

٣ـ أن يشترط إسقاط الخيار بعد العقد وهو أيضاً شرط فعل، وهذا نظير أن

١ـ الوسائل: ج ١٦، الباب ١١ من أبواب المكاتبة، الحديث ١.

يبيع شيئاً و يشترط بيعه من آخر.

إنّ صحّة الصورة الأُولى تتوقّف على أن يكون السقوط من الأُمور التي لا يتوقّف في تحقّقه على سبب خاصّ و إلاّ فلو كان محتاجاً إلى سبب معيّن لا يصحّ اشتراطه، كما إذا اشترط كون زوجته مطلقة أو أمواله صدقة أو عبيده أحراراً، فإنّ هذه المسبّبات رهن أسباب خاصّة في الشرع لا تحصل بنفس الاشتراط، وهذا بخلاف إسقاط الحقّ فإنّه لا يتوقّف على سبب خاصّ، فيصحّ على كلتا الصورتين بنحو شرط الفعل وشرط النتيجة.

ثمّ إنّ التعبير عن هذا القسم بعدم الثبوت لا يخلو من إشكال إذ ربّما يتوهّم منه عدم كون العقد خيارياً، وعندئذٍ يكون على خلاف السنّة، والأولى أن يعبّر عنه بالسقوط أو دفع الخيار باعتبار تحقّق مقتضيه، في مقابل الارتفاع الذي هو عند تحقّق العلّة التامّة.

وأمّا الصورة الثانية: أي إذا شرط الالتزام بعدم الفسخ بعد العقد، فيقع الكلام في موارد:

١ـ إذا اشترط ترك الفسخ هل يكون ترك الفسخ واجباً باعتبار أنّ الوفاء بالشرط لا يتمّ إلاّ به، نظير صلاة الليل إذا نذرها حيث تكون واجبةً لكون الوفاء لا يتمّ إلاّ بها؟

المشهور ذلك ولكن التحقيق خلافه، لأنّ ما هو الواجب بالذات هو الوفاء بالنذور، قال سبحانه: ﴿**وليوفُوا نُذُورَهُم**﴾ (الحجّ/ ٢٩): كما أنّ الواجب بالذات في المقام هو الوفاء بالشرط، قال علي ـ عليه السلام ـ: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به» [1].

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيارات الحديث ٥.

وأمّا الإتيـان بصلاة الليل أو الالتزام بترك الفسـخ فإنّما من محقّقات الـوفاء بـالنذر والشرط، والحكم الشرعـي لا يتعدّى مـن موضـوعه الـواقعي إلى مـا ليس موضوعاً، ولو صحّ إطلاق الواجب عليهما فهما واجبان بالعرض.

وبالجملـة فرق بين مصـداق الكلّي، كالفريضـة بالنسبـة إلى الصلاة، وبين منطبق العنوان الواجب كالصلاة بالنسبة إلى الوفاء بالنذر، فهي ليست مصداقاً له بل محقّقاً وموجداً له فهي لا تتصف إلاّ بالوجوب العرضي.

٢ـ إذا ترك الالتـزام فهل يكون الفسخ محرّماً تكليفياً بـزعم أنّ الأمر بالشيء (الالتزام بترك الفسخ) نهي عن ضـدّه، أعني: نفس الفسخ أو لا؟ التحقيق لا، لما ثبت في محلّـه من عدم الاقتضـاء في الأمر المتعلّق بـالشيء حقيقة فكيـف إذا كان تعلّق الأمر عرضيّاً.

٣ـ حكـم الفسخ وضعاً وأنّـه هل يكون نـافذاً لـو فسخ، أو لا؟ وهـذا هو المهمّ في المقام، ذكر الشيخ الأعظم فيه وجهين:

الأوّل: عدم النفوذ وذلك لأنّ وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه، وعدم سلطنته على تركه، كما لـو باع منذور التصدّق، على ما ذهب إليه غير واحد، فمخالفة الشرط وهو الفسخ غير نافذ في حقّه.

توضيحه: أنّ وجوب الـوفاء بـالشرط (حتّى بعد الفسـخ) مستلزم لـوجوب الإجبار عليه، وهو دليل على بقاء العقد، حتّـى بعده وعدم تأثير الفسخ وهذا هو المطلوب.

يلاحظ عليه: أنّه لا دليل على وجوب الـوفاء بالشرط بعد التخلّف بالفسخ

حتّى يترتّب عليه الإجبار الملازم لبقاء العقد، الكاشف عن عدم تأثير الفسخ، لأنّ شموله عليه ـ بعد الفسخ ـ فرع إحراز وجود العقد وهو أوّل الكلام، إذ يحتمل أن يكون المقام أشبه بالعصيان في الأحكام التكليفية، الموجب لسقوط الأمر، وفي المقام يكون موجباً لارتفاع الموضوع وهو العقد.

و بعبارة أُخرى: يجب عليه العمل بالشرط وصيانة العقد عن الفسخ ما دام موجوداً، وأمّا إذا فسخ وارتفع الموضوع بالعصيان فلا معنى لوجوب العقد ـ بعد ارتفاعه ـ حتّى يستلزم الأُمور المذكورة المثبتة لعدم تأثير العقد.

وبذلك يظهر ما ذكره في آخر كلامه حيث قال: «هذا الاحتمال أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط، الدالّ على وجوب ترتّب آثار الشرط وهو عدم الفسخ في جميع الأحوال حتّى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً».

الثاني: النفوذ لعموم دليل الخيار والالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من أنّ بيع منذور التصدّق، حنث موجب للكفّارة لا فاسد. وحينئذ لا فائدة في هذا غير الإثم على مخالفته إذ ما يترتّب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام من تسلّط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط، غير مترتّب هنا (لكونه تحصيلاً للحاصل).

توضيحه: أنّ عموم دليل الخيار يعمّ المقام ولا مانع سوى الالتزام بترك الفسخ شرعاً في متن العقد. ومخالفته بالفسخ وإن كان حراماً لكنّه لا يوجب فساده، وذلك لأنّه لم يسقط حقّ الخيار حتّى لا يعمّه دليل الخيار، وإنّما التزم بترك الفسخ فإذا خالف فيؤخذ بمقدار ما خالف، فلو كان عمله حنثاً كما إذا باع منذور التصدّق، ترتب عليه الكفّارة، ولكن لا يبطل لعدم خروجه عن ملكه بالنذر

(اللهمّ إلاّ إذا جعلـه صدقـةً على نحو شرط النتيجـة بحيث صـار صدقـة بنفس الشرط كما سيأتي)، ولـو لم يكن عمله حنثـاً، لكن كان عمـلاً محرّماً، يـؤدّب لأجل المخالفة، ويكون فسخه نافذاً لتمسّكه بحقّه الذي لم يسقط بعد، وهذا نظير ما إذا صرف النفقة الـواجبة في غير موردها، أو نكـح امرأة حلف على ترك نكـاحها، أو اشترى عيناً حلف على عدم شرائها.

وبذلـك يظهر الفرق بين كـون الشرط سقوط حقّ الفسـخ (شرط النتيجة) وكونه الالتزام بترك الفسخ (شرط الفعـل) فإنّ الفسخ في الأوّل غير نافذ، إذ لم يبق هناك حـقّ حتى يتمسّك به، بخـلاف الثاني. ومثلـه الفرق بين منـذور التصدّق، والالتـزام بـالتصدّق ففـي الأوّل ــ بناء على صحّته ــ خرجـت العين عن ملكـه فلا موضـوع للبيع إذ لا بيع إلاّ في ملك، بخلاف الثاني لأنّه التـزم فيه أن يتصدّق بها مع كونها ملكـاً له ولم تخرج عن ملكه، وبهذا اتّضح معنى قـوله «والالتزام بترك الفسخ لا يوجب الفساد».

وأمّا التمسّك لتضعيف هـذا الوجه بعموم قولـه: «المؤمنون عند شروطهم»، قائلاً بأنّ له عموماً أحوالياً كما أنّ له عموماً أفرادياً، ومن جملة أحواله، حال العقد بعد وقوع الفسخ فيكون مقتضاه وجوب الوفاء حتّى في هذا الظرف فضعيف جدّاً مضافاً إلى ما عرفت من أنّ وجوب الوفاء لا يدلّ على بطلان الفسخ، أنّ التمسّك بالإطلاق الأحوالي فـرع إحراز كونه فرداً للعام وهو فـرع إحراز عدم تأثير الفسخ، ولو ثبـت به لدار إذ مـن المحتمل خروج البيـع بعد الفسخ عن تحت عمـوم دليل الشرط.

أمّا الصورة الثالثة: أعني: أن يشترط إسقاط الخيـار، بعد العقد فلو أخلّ به وفسخ العقد يجري فيه الوجهان، وقد عرفت الأقوى.

حكم الشرط غير المذكور في العقد:

إنّ إسقاط الخيار في العقد يتصوّر على وجوه ثلاثة:

١ـ أن يذكر سقوطه في متن العقد، كأن يقول: بعتك بشرط عدم خيار المجلس بيننا.

٢ـ أن يشترطا قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار ثمّ يتعاقدا مع الإشارة إلى الشرط المتقدّم كأن يقول بعتك على الشرط المزبور.

٣ـ أن يتقاولا على السقوط ثمّ يتعاقدا مجرّداً عن التصريح والاشارة إلى الشرط.

لا إشكال في صحّة الأوّل والثاني ولزوم الوفاء بهما. إنّما الكلام في الصورة الثالثة وهو المسمّى عند الفقهاء بالشرط المبنيّ عليه العقد، فهل يجب الوفاء به، مثل المذكور أو هو أشبه بالوعد بالالتزام، أو هو التزام تبرّعي، فلا يجب الوفاء إلاّ تبرّعاً؟ قال الشيخ:

«إذا شرطا قبل العقد، أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد، صحّ الشرط، ولزم العقد بنفس الإيجاب والقبول، وللشافعي فيه قولان: أحدهما أنّ ذلك لا يصحّ وعلى ذلك أكثر أصحابه، ومنهم من قال بصحّته، مثل ما قلناه دليلنا أنّه لا مانع من هذا الشرط، والأصل جوازه، وعموم الأخبار في جواز هذا الشرط يتناول هذا الموضع»[1].

١ـ الخلاف: ج ٣، كتاب البيوع، المسألة ٢٨.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم حمل عبارة الخلاف على الشرط المذكـور في متن العقد بصورة الإشارة إلى ما تبايعا عليه، لا على الصورة المجرّدة عن أي ذكر و إشارة [١]، ولكن عبارة الخلاف لو لم تكن ظـاهرة في الثالثة ليست ظاهـرة في الصورة الثانية.
وما أفاده الشيخ الأعظم في عدم وجوب الوفاء يتلخّص في أُمور:

١ـ إنّ المتبـادر من الشرط هـو الإلزام والالتـزام المرتبط بمطلب آخـر، وقد عـرّفه القـامـوس بالإلـزام أو الالتزام في البيـع، وهو لا يصـدق إلاّ على القسمين الأوّلين دون الثـالث، إذ ليس هنـاك حبل يـربط الأوّل بـالثـاني، فـلا تعمّه أدلّـة الشروط، لعدم صدق الموضوع.

٢ـ إنّ المتحقّق في السابق إمّا وعد أو التزام تبرّعي لا يجب الوفاء به، والعقد اللاحق و إن وقع مبنّياً عليه لكن لا يُلزمه لأنّه إلزام مستقل لا يرتبط بالعقد، إلاّ بجعل المتكلّم، والمفروض عدمه.

٣ـ لا يقاس الشرط المذكـور قبل العقـد على أوصاف العـوضين كالحنطـة الحمـراء، ولا على الشروط التي جـرت العادة والعـرف على الالتزام بها في العقـد، وذلك:

لأنّ ذكر الأوصاف قبل العقد يوجـب انصراف العوض إليها في العقد، فلا يحتاج إلى إنشاء على حدّة.

وأمّـا الشروط فلو كـانت من الشروط العـامّة كـالسـلامة من العيـوب، أو التسليم والتسلّم، فإنشاء العقد إنشاء لهذه الشروط العامّة، لأنّها من لوازم ألفاظ العقود، فكما أنّها تنشأ بها معانيها المطابقة فكذا مداليلها الالتزامية.

١ـ المتاجر، قسم الخيارات، ص ٢٢١، و لاحظ: منية الطالب، ج ٢، ص ٢٧.

وهذا بخلاف الشرط الخاصّ (كـإسقاط الخيار) للعاقـد الخاص، فإنّه ليس من المداليل الالتـزامية، وليس كالشروط النـوعيّة، ولا كأوصـاف العوضين، فليس هو المنشأ في العقد إلاّ مع ارتباط العقد به صريحاً أو إشارة.

هـذا غايـة تـوضيح لكـلام الشيخ، وعلى ذلـك بنى عـدم وجـوب الوفـاء بالشروط الابتـدائية التـي لا يتقدّمها عقـد ولا يتأخّـرها أيضاً، بـل تنعقد إتفـاقية ابتدائية بين الطرفين كعقد التأمين في الشركات والتجارات.

يلاحظ عليـه: أوّلاً: أنّه لم يثبت كون الشرط هو التـزام في التزام بل استعمل في غير واحد من الـروايات في نفس التعهّد، وسيوافيـك تفصيله في بحث الشروط ومضى بعض الكلام فيه عند الكلام في حـديث «بريرة» وعلى فرض التسليم، يقع الكلام في كيفيّة هـذا الالتزام، فهل تكفي التبعية الواقعيّة، النفس الأمـرية، ككون الشرط من شـؤون المشروط واقعـاً وبين المتعـاقـدين أو تشترط التبعيّـة في الإنشـاء واخراجه بصـورة التزام في التزام في عالم اللفظ، فعلى الأوّل فـالشرط حاصل لأنّهما التزما بسقوط الخيـار في العقد الذي جاء بعده بلا فصل، فـالالتزام الأوّل يعد من شؤون الالتزم الثاني، وليس التزاماً مستقلاً، وعلى الثاني أي لزوم كون التبعية منشأ باللفظ وإن كان لا تعمّه أدلّة الشروط ـ حسب الفرض ـ لكنّه باطل لإطلاق قوله: «المؤمنون عند شروطهم» فغاية ما يمكن أن يقال هو إخراج الالتزامات الابتدائية غير المرتبطة بالتزام، وأمّا المرتبط معنىً المنفكّ إنشاءً، فداخل تحته.

وثانياً: إنّ قـوله: إنّ إسقاط الخيار قبل العقد إمّا وعـد أو التزام تبرّعي ليس حاصراً بـل هو إنشـاء لإسقاط خيار العقـد الذي بصـدد إنشائه وليـس من قبيل إسقاط ما لم يجب، لوجود المقتضى.

أضف إلى ذلك ما في صحيحة سليمان به خالد ، فإنّ الظاهر أنّه من هذا القسم، حيث يقول:

هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتّى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي ، إذا أنت ملكت نفسك، قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك. قال ـ عليه السلام ـ: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم[1].

فالظاهر أنّ الإعطاء تحقّق بالمعاطاة، بانياً على الشرط المذكور من قبل. مع أنّ المرجع في المعاملات، هو العرف والعقلاء، وهم لا يفرّقون بين الأقسام الثلاثة قدر شعرة.

ولو صحّ ما ذكره الشيخ في الأوصاف، من كفاية المقاولة السابقة في وصف العوضين، فليكن كذلك الشروط الخاصّة، إذا ذكرت قبل العقد، بل الأمر في العوضين أشدّ لأنّهما من الأركان دون الشروط، وسيوافيك تمام الكلام في بحث الشروط.

❀ ❀ ❀

المسقط الثاني: الإسقاط بعد العقد:

قد تعرّفت على المسقط الأوّل وهو اشتراط السقوط في العقد بأقسامه الثلاثة، وهذا هو المسقط الثاني ووصفه الشيخ بأنّه المسقط الحقيقي، وأظنّ أنّ

---

١ ـ الوسائل: ج ١٦، الباب ١١ من أبواب المكاتبة، الحديث ١.

المسألة من المسائل الواضحة التي لا تحتاج إلى الاطناب و إقامة الدليل والبرهان، غير أنّ الشيخ الأعظم تلقّى المسألة نظريّة، وتمسّك على الجواز بوجوه، ولكنّها غنية عنها لأنّ كون ذي الحقّ مختاراً في إسقاط حقّه ممّا أطبق عليه العقلاء، والمقام من مصاديق هذا الأصل فإنّ احتمال عدم سقوط خيار المجلس بعد العقد مبنّى على احتمالات كلّها منتفية و إليك بيانها:

١ـ إنّ خيار المجلس من الحقوق التعبّدية التي ليس لذي الحقّ فيها حقّ الإسقاط، كحقّ الرجوع إلى الزوجة، ومن المعلوم انتفاء هذا الاحتمال لأنّ خيار المجلس كسائر الخيارات الرائجة من الحيوان والعيب والغبن التي شرعت لصالح صاحبه، فله أن يتقلّب في حقّه كيفما شاء، ما لم يمنعه عنه دليل خاص وهذا لا ينافي أنّ المشرِّع لخيار المجلس هو الشرع ولعلّه لم يكن بين العقلاء منه عين ولا أثر، لأنّه لا يوجب اختلافاً في الماهية، حتّى يتميّز عن سائر الخيارات جوهراً. و إن شئت قلت: الشارع عطف هذا الخيار على سائر الخيارات التي كانت معتبرة عند العقلاء، ومعدودة من حقوق المتعاملين.

٢ـ احتمال أنّه من الحقوق غير القابلة للإسقاط كحقّ الحضانة والولاية وغير ذلك، وهو أيضاً احتمال منفي في المقام، و إلّا يلزم أن تكون ماهيّته مغايرة لماهيّة سائر الخيارات.

٣ـ عدم سقوطه بالأسباب العرفيّة، وهذا أيضاً كالسابق إذ مرجعه إلى تصرّف الشارع في حقيقته حتّى لا يسقط إلّا بمسقط شرعي، وعلى ضوء ذلك يكون خيار المجلس من الحقوق العقلائيّة.

ومن المعلوم أنّ لذي الحق أن يتقلّب في حقّه كيفما أراد ما لم يمنع عنه دليل

كالإتلاف والإسراف وغير ذلـك، وهذا المقدار يكفي في إسقاطه بعـد العقد، نعم استدلّ الشيخ بوجوه من الأدلّة بعد الإجماع نأتي ببعضها:

١ـ ما ورد في خيار الحيوان في صحيحة علي بن رئاب عن أبي عبد الله قال: «الشرط في الحيوان ثلاثـة أيّام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترىٰ حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط»[١].

بتقريب أنّ التصرّف مسقط لكـونه كاشفاً عن الرضـا النوعي أو الشخصي بالبيع، فإذا كفى ذلك في السقوط، فالتصريح بالسقوط أولى بأن يكون مسقطاً.

وأُورِد على الاستدلال بـالفرق بين المقيس والمقيس عليه، فـإنّ المقيس عليه إعمال الخيار بإمضاء البيع والمقيس إعدام الخيار، واستفادة الحكم الثاني من الأوّل لا يخلو عن غموض[٢].

يـلاحظ عليه: أنّ العبرة بعمـوم التعليل وهـو أنّ كلّ مـا يكشف عن رضـا العاقد بالبيع فهو مسقط لخياره، والمقيس والمقيس عليه وإن كانا من بابين، ولكن عموم التعليل يعمّ الموردين، فالتفاوت بينهما غير مخلّ بالاستدلال.

٢ـ قوله: الناس مسلّطون على أمـوالهم، فإذا كـانوا مسلّطين عليها فأولى أن يكونوا مسلّطين على حقوقهم المتعلّقة بالأموال، ولا معنى لتسلّطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل، إلاّ نفوذ تصرّفهم فيها بما يشمل الإسقاط.

وأُورِد على الاستـدلال: أنّ دليل السلطنـة في مقـام أصل التشريع وهـو أنّ لصاحبها أنحـاء السلطنة على ماله، وبـالفحوى أنّ له انحاء السلطـة على حقّه،

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

٢ـ نخبة الأزهار في أحكام الخيار، تقرير شيخ الشريعة الاصفهاني، بقلم الوالد ـ قدس سرّهما ـ، ص٩٧.

وأمّا نوعية سبب التسلّط حتّى الإسقاط بعد العقد وأنّه بيده فلا إطلاق له، فلا يمكن استكشاف جواز السبب (الإسقاط) من إطلاق دليل السلطنة، إذ هو في مقام بيان أصل السلطنة، لا أسبابها، ولأجل ذلك لا يمكن أن يستدلّ باطلاقه على جواز العقد بغير العربية أو نفوذ الإنشاء بالفعل كالقول، وذلك لأنّ جواز السبب وعدمه يطلب من دليل آخر، ولا يمكن استفادته من دليل السلطنة، لأنّ تشخيص جواز السبب وعدمه ليس من أنحاء السلطنة حتّى ينفع الإطلاق في حقّه.

يلاحظ عليه: أنّ الأعراض عن العين أو الحقّ من أنحاء السلطنة على المال ومن أقسامها ومصاديقها، ولذلك لا يجوز للمفلس الاعراض لأنّه قد سلبت عنه هذه السلطنة ومثله الأكل والشرب، فإنّهما من انحائها لا من أسبابها، وبذلك يظهر الحال في الحقوق. وذلك لأنّ العرف لا يرى إسقاط الخيار إلّا من أنحاء السلطنة على الحقّ، نعم ربّما يقال من أنّ الحديث بصدد إثبات السلطنة للناس والإسقاط إعدام لها.

يلاحظ عليه: بأنّ الإعدام ـ كالأكل والشرب ـ إذا كان لصالح صاحب السلطنة، يعد ذلك من أقسام السلطنة، وتحقيقاً لها.

ثمّ إنّه ربّما يستدلّ بقوله سبحانه: ﴿**أوفوا بالعُقود**﴾ (المائدة/ ١)، والاستدلال ضعيف جداً لأنّ الإسقاط ليس عقداً، ومثله الاستدلال بأدلّة الشروط، وهو فرع شمولها للشروط الابتدائية، و إن كان غير بعيد.

ثمّ إنّ الإسقاط كما يتحقّق باللفظ، يتحقّق بالكتابة أيضاً وهو أمر عرفي لا إشكال فيه، بل يرى العرف الكتابة في هذه الأزمنة أضبط من الكلام، واحتمال أنّه لم يكن في مقام الإسقاط غير مسموع بين العقلاء.

سقوط الخيار بقوله: «اختر»

لو قال أحدهما لصاحبه «اختر». فهل يسقط خيار الآمـر أو لا؟ فله صور لأنّه إذا قال ذلك، فالمخاطب إمّا أن:

١ـ يختار الفسخ.

٢ـ أو يختار الإمضاء.

٣ـ أو يسكت.

أمّا الصـورة الأُولى: فينفسخ العقد بلا إشكـال ولا يترتّب على البحث عن مفاد «قول الآمر» فائدة.

أمّا الصورة الثانية ففيها احتمالات:

الف: يسقط خياره مطلقاً وهو خيرة الشيخ في الخلاف[1].

ب: يسقط بشرط إرادة تمليك الخيار للمخاطب وإلاّ فهو باقٍ.

ج: يسقط بشرط إرادة التمليك أو التفويض، دون إرادة الاستكشاف.

وأمّا الصورة الثالثة ففيها أيضاً احتمالات:

الف: يسقط مطلقاً.

ب: لا يسقط كذلك.

ج: لا يسقط إذا لم يملك.

قال الشيـخ في الخلاف: إذا قال أحد المتبـايعين لصاحبه في المجلـس بعد العقد: اختر، فإن اختار إمضاء العقد انقطع بينهما الخيار، وإن سكت أو لم يختر[2]،

١ـ الخلاف: ج ٣، كتاب البيوع، ٢٧.

٢ـ بأن يقول لا أختار شيئاً.

كان الخيار كما كان.

وقال الشافعي: يثبت في حيّز الساكت، وفي حيّز الآخر وجهان:

أحدهما: يثبت ـ والآخر هو المذهب ـ: إنّه ينقطع خياره وحده، ولصاحبه الخيار. دليلنا: انّا أجمعنا على أنّ لهما الخيار قبل هذا القول، فمن ادّعى أنّ خيار أحدهما قد زال فعليه الدلالة [1].

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ لفظة «اختر» لا تدلّ في عرفنا إلاّ على الاستكشاف لا على السقوط، ولا التمليك والتفويض، ولعلّ من قال بواحد من هذه الاحتمالات لأجل أحد أمرين:

١ـ إنّ لفظة «اختر» مسقط تعبّدي، كالافتراق، ويدلّ عليه ما روي عنه ﷺ: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه «اختر» [2]. ولكن المروي مرسل، لا يحتجّ به.

٢ـ إنّ اللفظة كانت ظاهرة في تلك الأيام في أحد الوجوه الثلاثة ولو ثبت ذلك لا صلة له بزماننا هذا، فإنّه للاستكشاف فيها لا غير. نعم ورد في باب الطلاق عن رجل خيّر امرأته فاختارت نفسها بانت منه، فأجاب الإمام، لا إنّما هذا شيء كان لرسول الله خاصّة [3].

إكمال: إنّ إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر.

كما أنّه لو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد، لأنّه مقتضى ثبوت

١ـ الخلاف: كتاب البيع ج٣ المسألة ٢٧.

٢ـ المستدرك: ج ١٣، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٣ـ الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٤.

الخيار وليس من قبيل تقدّم الفـاسخ على المجيز، إذ لا تعارض بين الحقّين، فلكلّ حقّ مستقل، أجاز أحدهما دون الآخر.

نعم لو ثبت الخيـار لمتعدّد كالأصيل والوكيل، وقلنا: بأنّ هنـا خياراً واحداً مشتركاً (لا أنّ لكلّ واحـد خياراً مستقلاً وإلاّ فـلا يسقط خيار الآخـر بإسقاط أحدهما خياره إذ لا تعارض) فأجاز أحدهما أوْ لم يكن له خيار، وفسخ الآخر دفعة واحدة، يقدّم الفـاسخ وهو من صغريـات القاعدة المزبورة. (تقـدّم الفاسخ على المجيز).

هذا من غير فرق بين كون التعدّد لجانب واحد ـ كالبائع ـ أو كليهما.

و إلى هذه الصورة يشير الشيخ الأعظم بقولـه: نعم لو اقتضت الإجازة لزوم العقد مـن الطرفين (الأصيل والوكيـل) كما لو فرض ثبـوت الخيار من طـرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما، لمتعدّد [1] كالأصيل والوكيل.

و مثلـه إذا تصرّف ذو الخيار في العـوضين دفعـة واحـدة كما لو بـاع عبـداً بجارية ثمّ اعتقهما حيث إنّ إعتاق العبد فسخ، و إعتاق الجارية إجازة.

و نظيره اختلاف الورثة في الإجازة والفسخ.

وهذه الموارد الثلاثة من قبيل تقديم الفاسخ على المجيز عند العلاّمة. ولكنّ الحقّ أنّـه يقع التعـارض بين الفسخ والإجـازة، لأنّ الأوّل إبطـال للعقد، والثـاني تثبيت له، وهما متنافيان، فلا يجتمعـان، فيرجع إلى الأصل المقرّر في المورد وهو بقاء العقد مع الخيار.

١ـ المتعدّد، متعلّق لقوله «ثبوت الخيار».

المسقط الثالث: الافتراق

لا إشكال في سقوط الخيار به لتضافر الروايات فيه، ولا يعتبر أن يكون الافتراق حاكياً عن رضا الطرفين أو واحد منهما بالعقد بل الرضا حين العقد كاف، وإن لم يعلم الرضا حينه، بل علم عدمه، لكن افترقا مع عدم الاكراه، وأمّا ما رواه فضيل بن يسار عن أبي عبد الله قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما [1] ففيه احتمالات:

١ـ رضيا بالبيع وقته.

٢ـ رضيا بالبيع حين الافتراق ويكون الافتراق عن رضا منهما.

٣ـ رضيا بالبيع حين الافتراق ويكون الافتراق كاشفاً نوعياً عن الرضا، ويكون الاعتداد به لكونه كاشفاً نوعيّاً عنه.

٤ـ رضيا بالافتراق ولا يكون عن إكراه.

والظاهر هو المعنى الأوّل، ثم الأخير، والمقصود أنّ البيع مقتضٍ للّزوم، والمجلس مانع عن تأثيره فإذا زال، أثّر المقتضي.

وأمّا ما هو المحقّق للافتراق فهناك أقوال:

١ـ ما حكاه الشيخ: عن الشافعي أنّه قال: يرجع في ذلك إلى العادة.

٢ـ وقال الشيخ: أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة فصاعداً [2].

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢ـ الخلاف: ج ٣ ص ٢١ كتاب البيوع، المسألة ٢٦.

٣ـ وذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ الملاك هو افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد، فإذا حصل الافتراق الإضافي ولو مسمّاه ارتفع الخيار فلا تعتبر الخطوة، بل يكفي الأقل منها، فلو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفى مجرّد افتراقهما [1].

والظاهر قوّة القول الأوّل ـ لو لم يرد هناك تحديد من الشرع ـ وذلك لأنّ الافتراق من المفاهيم العرفيّة فيرجع فيه إليه، ومن المعلوم أنّه لا يصدق عندهم بالخطوة والخطوتين، فضلاً عن انفصال السفينتين بأقلّ من خطوة، خصوصاً إذا كان الافتراق لغرض عقلائي غير خارج عن حيطة المعاملة كما إذا كان المكان ضيّقاً والمكان حارّاً فيتحرّك من جانب إلى جانب، فالاكتفاء بالخطوة فضلاً عن الأقل منها غير المتبادر من الرواية.

وأمّا التحديد في بعض الروايات بـ «خطىٰ» فهي روايات حاكية لعمل أبي جعفر الباقر ـ عليه السلام ـ فالمروي عن محمد بن مسلم عنه أنّه قال: «بايعت رجلاً، فلمّا بايعته قمت فمشيت خطىٰ، ثمّ رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا» [2].

والمروي عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ عن أبيه ـ عليه السلام ـ هو أنّه قال: فلمّا استوجبها قام فمضى فقلت له: يا أبه عجلت القيام؟ فقال: يا بني، أردت أن يجب البيع [3].

فالظاهر من النقل الأوّل، أنّ الإمام مشى خطوات ثمّ رجع إلى المجلس،

١ـ المتاجر، ص ٢٢٢.

٢ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و ٣.

٣ـ المصدر نفسه: الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٤.

والظاهر من النقل الثاني أنّ الإمام قام من المجلس ومضى إلى مكان آخر، وتبعه أبو عبد الله -عليه السلام- وظاهر النقلين أنّهما يحكيان موضوعاً واحداً، ولأجل ذلك لا يمكن الأخذ بهما، وهذا يكشف عن طرؤ اضطراب عليها عند النقل.

وعلى فرض كون النقلين راجعين إلى موردين مختلفين فلا يمكن الأخذ بما رواه محمّد بن مسلم، وذلك للفرق بين قولنا «إمش خطى» وقولنا: «ثمّ مشيت خطى» فبما أنّ الأوّل أمر وطلب يؤخذ بإطلاقه، ويقال: إنّ ثلاث خطوات وهي أقل الجمع كافية في حصول الغاية أخذاً بالإطلاق، وهذا بخلاف الأخبار عن فعل الإمام بأنّه خطوات فبما أنّها تصدق على الأقل والأكثر ويصير مجملاً من هذه الجهة لأنّها حكاية عن واقعة، وليس يلزم على الحاكي تعيين المرتبة الخاصة التي تحقّق بها الافتراق حتى يحمل على المرتبة النازلة عند عدم القرينة على الأكثر فإنّ الخطى كما تصدق على ثلاثة تصدق على ثلاثين أيضاً، وعلى ذلك فالحقّ أنّ الملاك هو الافتراق العرفي.

ثمّ إنّ الشيخ نقل عن بعضهم التأمّل في كفاية الخطوة مستدلاّ أوّلاً: بانصراف الاطلاق إلى أزيد منها، وثانياً: باستصحاب الخيار، أي كون العقد خيارياً.

ولا يخفى أنّ الجمع بينهما غير صحيح لأنّ الشبهة شبهة حكمية مفهومية، فلو قلنا بالانصراف فهو دليل اجتهادي لا يحتاج معه إلى الاستصحاب كما هو واضح. نعم لو كانت الشبهة موضوعية، كان للاستصحاب مجال فقط دون الانصراف.

الافتراق عن إكراه:

إذا أكـره المتعـاقـدان على التفـرّق فهل يسقـط خيـارهما أو لا؟ نقـول: إنّ للمسألة صورتين:

الأُولى: إذا أُكرها على التفرّق على وجه يتمكّنان من الفسخ والإمضاء.

الثانية: إذا أُكرها على التفرّق مع المنع من التخاير.

أمّا الأُولى: فالظـاهر مـن كلمات الفقهاء سقـوط خيارهما. قـال الشيخ في الخلاف: إذا أُكره المتبايعان أو أحدهما على التفرّق بالأبدان على وجه يتمكّنان من الفسخ والتخاير فلم يفعلا بطل خيـارهما أو خيار من تمكّن من ذلك. وللشافعي فيه وجهان، فقـال أبو إسحاق مثل ما قلناه، وقـال غيره: لا ينقطع الخيار. دليلنا: انّه إذا كان متمكّناً من الإمضاء و الفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرّق بالأبدان دلّ على الرضا بالإمضاء[1].

ولا يخفى ضعف الدليـل، فإنّ المتعاقدين وإن كانـا متمكّنين من الإمضاء والفسخ ولكن ربّما لا يكونـان جازمين بأحد الطرفين فيتـوقّف الجزم على استمرار مجلس العقد حتّى يتروّيا في مصالحهما والتمكّن من الفسخ والإمضاء لا يحكي عن رضـاهما بالعقـد، ولولا التسـالم لكان للتشكيـك في السقوط مجال، كما سيـوافيك بيانه.

أمّا الثانية: أعني ما إذا لم يتمكّنـا من التخاير أي اختيـار الفسخ أو العمل

١ــ الخلاف، ج ٣، كتـاب البيوع، المسـألـة ٣٥، و كلام الشيـخ في الأعم مـن كون المكـره، كـل من المتعاقدين أو واحد منهما، و سيجئ في البحث عن إكراه الواحد في المسألة الثانية.

على مقتضى الخيار، بأن يسدّ أفواههما أو هدّدا عليه، فالمشهور هو عدم السقوط. قال في الشرائع: ولم يبطل الخيار لو أُكرها على التفرّق، وقال في الجواهر: بلا خلاف أجده، بل في الغنية وعن تعليق الشرائع الإجماع عليه، للأصل بعد تبادر الاختيار من النصوص، ولذا يصحّ في التحقيق أن يقال: لم يفترقا ولكن فرقا[1].

ولا يخفى أنّ الجمع بين الأصل والتبادر غير وجيه، فإنّ الثاني دليل اجتهادي والآخر دليل فقاهتي، وعلى كلّ تقدير فقد استدلّ على عدم السقوط بوجوه نشير إليها:

١ـ تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار.

يلاحظ عليه: أنّه إن أراد منه لزوم كون الفعل إرادياً في مقابل الافتراق غير الإرادي، مثل نقل كلّ واحد إلى مكان خاصّ من دون إرادة واحد منهما، فالافتراق هنا إرادي لأنّ الفعل الإرادي ما سبقته الإرادة، والمكره من أقسام الفاعل الإرادي فهو يرجّح تطبيق العمل على ما يطلبه المكره بترجيح الفعل على الترك أو بالعكس بالتروي والتفكّر، ففعله إرادي قطعاً، مقابل غير الإرادي مثل الفعل الصادر عن النائم، أو من ألقى عليه القبض فجرّ إلى مكان آخر.

وإن أراد كونه شرطاً اختيارياً في مقابل كونه إكراهياً فهو ممنوع، وادّعاء التبادر كما ترى، والشاهد عليه أنّهم حكموا بسقوط الخيار إذا حصل التفرّق عن غفلة أو نوم أحد الطرفين أو اضطرار، كما إذا حالت الريح والسيل بينهما أو تفرّقا فراراً عن لصّ أو هجوم سبع أو غير ذلك، فسقوط الخيار في تلك الموارد يكشف عن عدم اشتراط كون الفعل إرادياً بهذا المعنى.

١ـ الجواهر: ج ٢٣، ص ٩.

٢ـ حديث الرفع المروي في الخصال بسند صحيح: رفع عن أُمّتي تسعة: الخطأ والنسيان، وما أُكرهوا عليه وما لا يعلمون ...[١] وممّا رفع: هو «ما استكرهوا عليه»: وليست المؤاخذة متعلّق الرفع لأنّها أمر تكويني لا يمتّ إلى التشريع بصلة بل المرفوع هو الأعم من التكليف والوضع، والشاهد على عمومية الرفع هو ما رواه البرقي في المحاسن بسند صحيح عن أبي الحسن ـعليه السلامـ في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال: لا، قال رسول الله: رفع عن أُمّتي ما اكرهوا عليه، وما لم يطيقوا وما اخطؤا[٢] حيث استدل الإمام ـعليه السلامـ على عدم لزوم العمل بالحلف عن إكراه بالحديث والصحيحة دلّت على أنّ المرفوع، الأعمّ من التكليف والوضع، فيكون لزوم العقد مرتفعاً بارتفاع الافتراق حكماً.

يلاحظ عليه: **أوّلاً**: أنّه لو قلنا بالرفع في الإكراه يجب أن نقول بمثله في الافتراق عن نسيان واضطرار لأنّهما من التسعة التي رفع حكمهما، ولم يقل به أحد.

ثانياً: انّ الافتراق ليس موضوعاً للحكم الشرعي بل حدّ له، فلو انعدم الحد يرتفع الحكم سواء كان عن اختيار أو لا كما إذا قال: أكرم زيداً ما دام كونه في المسجد، فإذا أُخرج قهراً سقط الحكم.

٣ـ صحيحة فضيل عن أبي عبد الله في حديث: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»[٣].

١ـ الصدوق: الخصال: باب التسعة الحديث ٩ ص ٤١٧.

٢ـ الوسائل: ج ١٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الإيمان، الحديث ١٢.

٣ـ المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ١، من أبواب الخيار، الحديث ٣.

وتقريب الاستدلال بوجهين:

الأوّل: إنّها دلّت على أنّ الشرط في السقـوط، الافتراق والرضـا منهما، والمراد هو الـرضا المتّصل بـالتفرّق بحيث يكـون التفرّق نـاشئاً عن الـرضا بـالبيع، ومن المعلوم أنّ التفرّق الإكراهي لا ينشأ عن الرضا بالبيع بل عن إكراه المكره.

الثاني: إنّ قـوله «بعـد الرضـا» إشارة إلى إنـاطة السقـوط بالـرضا بـالعقد، الكاشـف عنه الافتراق، فيكون الافتراق مسقطـاً لكونـه كاشفـاً نوعاً عـن رضاهما بالعقد وإعراضهما عن الفسخ[1].

وحاصل هـذا الوجه أنّ المسقط هو الافتراق الكـاشف عن الرضا بـالعقد، وليس الافتراق الإكراهي كاشفاً عنه.

والفـرق بين الـوجهين واضـح، فإنّ الأوّل يعتمـد على أنّ المسقـط الافتراق النـاشئ عن الـرضـا بالبيع، والـوجـه الثاني يعتمـد على أنّ المسقط هـو الافتراق الكاشف عن الرضـا، وعلى كلّ تقدير فليس الافتراق الإكراهي كاشفـاً عن الرضا بالبيع.

يلاحظ على الوجـه الأوّل: أنّه لو كان المسقط هو التفـرّق عن رضى بالبيع، لزم أن لا يسقط الخيار إذا علم أنّ الافتراق لم ينشأ عن الرضا بالبيع، وإنّما نشأ من عامل آخر مثل الجهل بالحكم، أو لعامل آخر كهجوم السبع وغيره، مع أنّ الظاهر سقوطه.

وأمّـا الثاني فهـو كـون المسقط التفـرّق الكـاشف عن الـرضـا بـالبيع حين

١ـ المتاجر، قسم الخيارات، ص ٢٢٢.

التفرّق،فذلك احتمال مرجوح في مقابل ما عرفته من الاحتمال، وهو أنّ المراد هو الرضا بالبيع حين البيع، لا الرضا به حين الافتراق، وذلك لأنّ الرواية بصدد بيان أنّ المقتضى للّزوم هو نفس العقد الذي أوقعه الطرفان بالرضا، والمانع هو الخيار، فالمقتضي موجود لايقاعهما العقد بالرضا، والمانع مرتفع بالتفرّق، فلا وجه لبقاء الخيار، فعلى ذلك فما هو الشرط، هو وجود الرضا حين البيع، لا الرضا حين الافتراق، ولا الافتراق الكاشف عن الرضا بالبيع، حتى تكون المحتملات الثلاثة صحيحة، والذي ذكرناه هو الواضح.

هذا كلّه حول أدلّة القوم بعدم السقوط وتحليلها، وقد عرفت عدم تماميتها، ومع ذلك كلّه يمكن القول بعدم السقوط إذا أُكرها على التفرّق وذلك لانصراف دليل الخيار عن مثله، لأنّ خيار المجلس شرع لفسح المجال للمتعاقدين للتفكّر فيما عقدا، فصار التفرّق آية لجنوحهما (بعد التروي) إلى الالتزام بالعقد، ومن المعلوم أنّ مثل ذلك لا يتحقّق إلاّ في الافتراق الاختياري لا الإكراهي.

فإن قلت: إنّ ما ذكرت ليس ملاكاً للحكم، بل حكمة له، ولأجل ذلك ربّما يتخلّف الحكم عنها، كسقوط الخيار بذهاب واحد مع غفلة الآخر، أو حيلولة الريح بينهما أو التفرّق لأجل الفرار من الحيوان الضاري أو غير ذلك، ممّا أفتوا بسقوط الخيار فيه مع تخلّف الحكمة.

قلت: إنّ كونه حكمة تكفي في انصراف الدليل عن صورة التفرّق الإكراهي الذي يحمله الغير على التفرّق و إن كان غير منصرف عمّا إذا كان هناك دافع عن نفسه، نظير:

١ـ إذا أُكره أحـدهما على الذهاب، ولم يمنع الآخر من المصاحبـة والتخاير، ولكن بقى في المجلس مختاراً.

٢ـ أُكره أحدهما على البقاء وترك التخاير وترك الآخر المجلس اختياراً.

نعم إذا أُكره أحدهما على الذهاب، ومنع الآخر عن المصاحبة والتخاير فهو داخل في المسألة السـابقة أي الإكراه على الطرفين جميعاً، وقد عـرفت عدم سقوط خيارهما. إنّما الكلام في الصورة الأُولى، فالأقوال فيها أربعة:

١ـ سقوط خيارهما.

٢ـ ثبوت خيارهما.

٣ـ سقوط خيار المختار.

٤ـ التفصيل بين بقاء المختار، فيثبتان ومفارقته المكان، فيسقطان.

هذه هي الأقوال، و إليك مبانيها.

فإن قلنـا: إنّ الغـايـة حصـول الافتراق الاختيـاري لكليهما و إنّ افتراق كلّ واحد منهما مسقـط لخيار نفسه على وجـه العام الاستغـراقي، يسقط عنـدئذ خيار المختار دون المكره، إذ الفرض أنّ تفرّق كلّ واحـد منهما، غاية لخيار نفسه لا لخيار الآخر، فا لمختار يسقط خياره دون المكره لعـدم الاعتداد شرعاً بإذهابه المساوق مع الافتراق.

و إن قلنا: بـأنّ الغاية هـو حصول الافتراق الاختياري لكليهما لكن يتـوقّف سقـوط خيار كـلّ واحد منهما على مجمـوع الافتراقين الاختيـاريين على وجه العـام

المجموعي، فما لم يحصل هناك مجموعهما اختياراً، فلا يسقط خيار واحد منهما، وعلى هـذا يثبت خيـارهما لعـدم حصول الغـايـة، أعني: مجمـوع الافتراقين الموصـوف بالاختياري.

هذا إذا قلنا بأنّ الغاية هو الافتراقان، إمّا على نحو العام الاستغراقي أو على نحو العام المجموعي.

وأمّا إذا قلنـا بأنّ الغاية حصـول افتراق من أحدهما، فإن قلنـا بأنّه يعتبر في المسقط كـونه فعـلاً وجوديـاً فيأتي التفصيل بين بقـائه، وذهابـه، فلو بقـي فيثبت الخياران، لعدم صدور افتراق مسقط منهما أمّا المكره فلعدم الاعتداد بافتراقه، وأمّا المختار فلعدم صدور فعل منه.

وأمّا إذا قلنا بأنّـه يكفي كونه تركاً اختيارياً فعنـدئذ يسقط الخياران بصدور التفرّق من واحد منهما، وهو جلوسه في المكان وعدم مصاحبته للمكره.

هذه هي المباني، ولكن الشيخ أهمل ترجيح أحدهما على الآخر، والظاهر هو الأوّل، لأنّ قولـه «البيّعان» في قـوّة قولـه «البائع والمشتري بـالخيار» وقـوله: «مـا لم يفترقا» في قوّة قـوله: «ما لم يفترق البائع والمشتري»، فـالمقابلة فيها في الحكـم ثبوتاً وسقوطاً على نحو واحـد، فإذا كان كلّ محكوماً بخيار مستقل فهـو بحكـم المقابلة محكوم بمسقط مستقلّ، فيكـون تفرّق كلّ واحد منهما مسقطاً لخيـار نفسه، وتكون النتيجة هو العام الاستغراقي ثبوتاً وسقوطاً.

واحتمال كون مجموع التفرّق ـ إذا وصف بالاختيار ـ غاية لكلا الخيارين على نحو العام المجموعي، بعيد عن الأذهان العرفية، وأبعد منه الاحتمال الثالث.

ومنه يظهر حكم الصورة الثانية، وهي ما إذا أُكره أحدهما على البقاء ممنوعاً

من التخاير، وفارق الآخر اختياراً، وإنّ مقتضى ما ذكرنا سقوط خيار المختار دون المكره.

ثمّ إنّه إذا زال الإكراه، فهناك احتمالات:

١ـ جعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد، وإن كانا متباعدين.

٢ـ إذا اجتمعا بعد الزوال يكون ذلك مجلس الخيار.

٣ـ إنّ الغاية ممتنعة الحصول في المورد، فيبقى الخيار بحاله إلى أن يسقط بأحد المسقطات، ولا يخفى أنّ الاحتمالين الأوّلين تخرّص على الغيب، فإنّ الثابت شرعاً هو بقاء خيارهما إذا أُكرها وتكون النتيجة بقاء الخيار بعد الافراج عنهما، وأمّا تنزيل مجلس زوال الإكراه أو تنزيل المجلس الجديد عند الاجتماع منزلة مجلس الخيار فهو يحتاج إلى دليل، فلا مانع من القول ببقاء الخيار إلى أن يسقط بسائر المسقطات كالانسانين المتلاصقين لا يسقط خيارهما بالتفرّق لعدم امكانه.

المسقط الرابع: التصرّف:

إنّ كون التصرّف مسقطاً لخيار المجلس على وجه يأتي في خياري الحيوان والشرط، ممّا لم يظهر بين الفقهاء خلاف فيه وإن لم يرد في خصوصه نص، وإنّما ورد النص في غيره، ويظهر من الشيخ في الخلاف ورود النص فيه، قال: «روي عنهم ـعليهم السلامـ من أنّ المشتري إذا تصرّف في المبيع بطل خياره» [١] ومورد النصّ هو خيار الحيوان[٢] وقد تلقّاه الشيخ ضابطة كلّية، ولأجل ذلك قال في الجواهر: «إنّا لم

١ـ الخلاف: ج ٣/ ٢٣، المسألة ٣٠.

٢ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار.

نجد مـا يدلّ على إبطال التصرّف بمطلـق الخيار...» [١] وحكى القول بمسقطيته عن جواهـر القاضي ولم نجده في مظـانّه، ولكن قال في المهـذب: «وإذا ثبت لزوم البيع أمّـا بوقـوعه مطلقـاً أو بمضي المدّة إن كان مشروطـاً، أو تصرّف المشتري فيه بتمليك أو عتق أو هبة» [٢].

وعلى كلّ تقدير فيمكن استظهار السقوط ممّا ورد في التعليل الوارد في خيار الحيوان، حيـث قال: «فإن أحـدث المشتري فيما اشترى حدثـاً قبل الثلاثـة أيّام، فذلك رضـا منه فلا شرط» [٣] ويؤيّـد ذلك ما سيوافيك من أنّ المتبـادر في كلام الشيخ في الخلاف وبعض الروايات أنّ خيار الحيـوان، ليس بخيار مستقلّ بل هو نفس خيار المجلس الممتدّ في مورد الحيوان إلى ثلاثة أيّام.

١ـ الجواهر: ٢٣/ ١٧.
٢ـ المهذّب: ١/ ٣٥٧.
٣ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث١.

الفصل الثالث

خيار الحيوان

□ اختصاص خيار الحيوان بالمشتري وعدمه.

□ مبدأ خيار الحيوان ومنتهاه.

□ في مسقطات خيار الحيوان.

أ ـ اشتراط سقوطه في ضمن العقد.

ب ـ اسقاطه بعد العقد بقوله: التزمت بالعقد.

ج ـ سقوطه بكل فعل دال على التزامه بالعقد.

د ـ التصرّف.

خيار الحيوان

خيار الحيوان: ممّا انفردت به الإمامية، ولم يقل به غيرهم، ويظهر من خلاف الشيخ، أنّ المتلقّىٰ في زمانه: إنّ خيار الحيوان، هو نفس خيار المجلس، وهو في غير الحيوان ينقضي بالافتراق وفيه بمضيّ ثلاثة أيّام ولكن غيرهم قالوا بأنّ حكم الحيوان وجميع المبيعات واحد، وقال: يثبت في الحيوان الشرط ثلاثة أيّام شرط ذلك أو لم يشرط، وقال جميع الفقهاء: حكم الحيوان حكم سائر المبيعات[1].

وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: المتبايعان بالخيار ثلاثة أيّام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يتفرّقا.

وفي صحيح زرارة عن أبي جعفر ـ عليه السلام ـ قال سمعته يقول: قال رسول الله ﷺ : البيّعان بالخيار حتى يتفرّقا، وصاحب الحيوان ثلاث.

وعلى كلّ تقدير، فمقتضى الاطلاقات هو شمول الحكم لكلّ ذي حياة له قيمة فيعم النحل، ودود القزّوالعلق ولكنّه منصرف عن المبتاع لا بما أنّه حيوان بل بما أنّه لحم، مثل السمك المخرج عن الماء والجراد المحرز، والصيد المشرف على

١ـ الخلاف، ج ٣، كتاب البيوع، المسألة ٨.

الموت، كما هو منصرف عن الحيوان الكلّي، فإنّه ليس حيواناً إلاّ بالحمل الأوّلي لا بالحمل الشائع، وتصوّر كون مبدأ الخيار هو أوّل زمان التسليم، خلاف النص، من كون مبدئه، هو العقد، ولولا النصّ على شموله للرقّ من الإنسان، لقلنا بنفس هذا الانصراف فيه، لأنّه ليس بحيوان عرفاً و إن كان كذلك عقلاً، وكيف كان فيقع الكلام في مواضع:

١ـ اختصاص خيار الحيوان بالمشتري وعدمه.

٢ـ مبدأ الخيار ومنتهاه.

٣ـ مسقطاته

الموضع الأوّل: في اختصاصه بالمشتري وعدمه:

هل يختصّ الخيار بالمشتري أو يعمّه والبائع، المشهور هو الأوّل، قال العلاّمة في المختلف: خيار الحيوان ثلاثة أيّام يثبت بالعقد سواء شرطاه أو لا، للمشتري خاصّة ذهب إليه الشيخان وابن الجنيد، وسلاّر والصدوق وابن البراج وابن إدريس[1].

وقال السيّد المرتضى: يثبت الخيار للبائع والمشتري وحكي القول الثاني عن ابن طاووس وقوّاه الشهيد الثاني في المسالك.

وهناك قول احتمله العلاّمة في مختلفه وهو ثبوته لصاحب الحيوان بائعاً كان أو مشترياً، مثمناً كان أو ثمناً.

١ـ مختلف الشيعة: كتاب التجارة، ١٧٢.

استدل للقول الأوّل بوجوه:

١ـ الأصل في البيع هـو اللزوم خرج عنه المشتري وبقي البـاقي تحته، والمراد منه هو مقتضى العمومات اللفظية التي مرّ البحث عنها.

٢ـ صحيحة فضيل: «عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ قال قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قـال: ثلاثـة أيّام للمشتري، قلت لـه: ما الشرط في غير الحيـوان؟ قال: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقـا فلا خيار بعد الرضا منهما» [1] والاستظهار منه بأنحاء:

الف: قد ثبت في محلّه أنّ المسند إليه إذا كـان معرّفاً باللام يفيد الحصر مثل قوله: «الطلاق لمن أخذ بالساق» وقـوله: «الولاء لمن اعتق» وعلى ذلك يكون قوله: «ثلاثة أيّام للمشتري» بقرينة السؤال بمنزلة قوله: «الخيار ثلاثة أيّام للمشتري».

ب: مقتضى المقـابلـة حيـث عبّـر في غير الحيـوان بقـولـه: «البيّعـان» وفي الحيوان بالمشتري فلو كان عاماً لما كان وجه للعدول عنهما إليه.

ج: دلالة القيد في مقام التحديد على المفهوم.

٣ــ صحيحـة علي بـن رئاب عـن أبي عبـد الله ـعليه السلامـ قال: «الشرط في الحيوان ثلاثـة أيّام للمشتري اشترط أم لم يشترط» [2] ودلالتها على المدّعى، لأجل إفادتها الحصر على ما بين أوّلاً، وكون القيد في مقام التحديد دالاً على المفهوم ثانياً.

١ـ الوسـائل: ج ١٢، الباب ٣، من أبواب الخيار، الحديث ٥، و الباب ١، الحديث ٣ وقـد فرّقها على البابين كعادته في الكتاب.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

٤ـ صحيحته الأُخرى: قال: «سألت أبا عبد الله ـعليه السلام ـ عن رجل اشترى جارية لمن الخيار، للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيّام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيّام فقد وجب الشراء»[١].

٥ـ صحيحته الثالثة: «سألت أبا عبد الله ـعليه السلام ـ عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟فقال: الخيار لمن اشترى»[٢].

٦ـ صحيحة الحلبي: عن أبي عبد الله ـعليه السلام ـ قال: «في الحيوان كلّه شرط ثلاثة أيّام للمشتري»[٣] وجه الدلالة ذكر القيد في مقام التحديد.

٧ـ خبر علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا ـعليه السلام ـ قال سمعته يقول: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري»[٤] وجه الدلالة نفس ما سبق من ذكر دلالة الهيئة على الحصر أوّلاً وكون القيد في مقام التحديد ثانياً.

٨ـ استفاضت الروايات على أنّه لو مات الحيوان في أيّام الخيار، يكون الضمان على البائع دون المشتري[٥] هذا من جانب، ومن جانب آخر اتّفقت كلمتهم على أنّ كلّ مبيع قد تلف في زمن الخيار، فهو ممّن لا خيار له، ومن ملاحظة الأمرين تحصل صغرى وكبرى بالنحو التالي: الضمان في زمن الخيار على البائع، وكل من كان الضمان عليه، فهو ممّن لا خيار له ينتج: البائع ممّن لا خيار له.

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٣ـ المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١.

٤ـ المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

٥ـ المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب الخيار.

هذه هي الوجوه التي استدلّ بها القائل على اختصاص الخيار بالمشتري.

يلاحظ على الدليل الأوّل: أنّه إن أراد من العموم، مثل: ﴿أوفوا بالعقود﴾ فقد خرج منه بيع الحيوان حسب مجموع الروايات، فعندئذ سواء أكان الخيار للمشتري أم للأعم منه والبائع، لا يلزم منه تخصيص زائد، و إنّما يتمسّك بالعموم فيما إذا دار الأمر بين أصل التخصيص وعدمه أو بين الأقل والأكثر، والتخصيص في المقام مسلّم، وهو خروج بيع الحيوان، فلا فرق بين أن يكون الخيار لواحد من الطرفين، أو لكليهما.

ونظير ذلك إذا كان المتمسّك هو قوله: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا»: ببيان أنّ مفاده هو اللزوم بعد الافتراق خرج منه المشتري وبقي البائع تحته، يلاحظ أنّه مقيّد ببيع غير الحيوان، بقرينة قوله في صحيحة فضيل، حيث قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا» [1].

ومثله صحيحة محمّد بن مسلم حيث يقول: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيّام في الحيوان، وفي ما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا» [2] فإذا كان لزوم البيع بالافتراق مقيّداً ببيع غير الحيوان لا يتفاوت الأمر بين كون الخيار لواحد أو لأكثر كما مرّ.

وأمّا الحجج الباقية فهي بين صريح كرواية علي بن رئاب التي لا تقبل التأويل بل أمرها يدور بين الأخذ بها، أو طرحها (إذا تمّ دليل القول الثاني)، أو غير صريح بل دلالته بالمفهوم الصالح لرفع اليد عنها بدليل أقوى، ولا يمكن القضاء في الحجج الباقية إلاّ بعد دراسة حجّة القول الثاني.

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢ـ المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

حجة القول الثاني:

احتجّ القائل بالأعم، بصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»[١].

والدلالة واضحة فهي تثبت الخيار حقّاً للبائع والمشتري مطلقاً، سواء بيع حيوان بنقد أو حيوان بحيوان، أو الحنطة بحيوان، ثمّ إنّ الصحيحة و إن كانت تعارضها رواية ابن رئاب، إلاّ أنّها لا تعادل صحيحة محمد بن مسلم لأنّها مروية في قرب الاسناد وهو من الكتب التي وقف عليها الأصحاب في العصور الأخيرة، بخلاف الصحيحة فإنّها مروية في الكتب الأربعة. وأمّا غيرها فبما أنّ دلالتها بالمفهوم فيمكن إخلاء القضية عن المفهوم بالقول بأنَّ القيد (المشتري) وارد مورد الغالب، فيؤخذ باطلاق الصحيحة.

يلاحظ على الاستدلال:

أوّلاً: بأنّ مجموع ما استدل به القائل بالقول الأوّل لا يقصر في الاعتبار عن صحيحة محمد بن مسلم، فلو تنازلنا فيجب الحكم بالتعارض والرجوع إلى الأُصول دون الأخذ بالصحيحة.

وثانياً: أنّ هناك رواية أُخرى لمحمد بن مسلم قد جاء فيها مكان «المتبايعين»، لفظ «صاحب الحيوان» ، رواها عن أبي عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: البيّعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام[٢]، وهي

١ـ الوسائل: ج١٢ ، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ١، من أبواب الخيار، الحديث ١.

نفس الرواية السابقة غير أنّ فيها تقديماً وتأخيراً، ففي الثانية قُدِّم خيار المجلس وأُخِّر خيار الحيوان، بخلاف الأُولى، وفي الوقت نفسه عبّر عن موضوع واحد بلفظين مختلفين (المتبايعان وصاحب الحيوان).

وحينئذ إن قلنا: إنّها رواية واحدة عن أبي عبد الله رويت بصورتين مختلفتين فطرأ الاضطراب عليها فهذا يصدّنا عن الأخذ بالأعم منها، وهو المتبايعان.

وإن قلنا: إنّها روايتان مختلفتان، يقع التعارض بينهما، فإنّ الأُولى ترى الخيار للبائع والمشتري، والثانية تراه لصاحب الحيوان بائعاً كان أو مشترياً فيعامل معهما معاملة المتعارضين.

حجّة القول الثالث:

قد عرفت أنّ العلاّمة جنح إلى ثبوت الحكم في مطلق صاحب الحيوان سواء أكان مشترياً كما هو واضح أم بائعاً كما في بيع الحنطة بالحيوان، بحيث يكون الحيوان ثمناً، والدليل على ذلك هو ما عرفت من الصحيحة الثانية لمحمد بن مسلم، حيث جعل الموضوع فيه «صاحب الحيوان» لا المشتري. وسيوافيك ما رواه زرارة في هذا الشأن أيضاً.

يلاحظ عليه: أنّه فسّر صاحب الحيوان في موثقة ابن فضال مقيداً بالمشتري. روى الحسن بن علي بن فضال، قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا ـ عليه السلام ـ يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيّام [1]. ومع هذا التقيّد كيف يمكن الأخذ باطلاق الصحيحة، والموثّقة حجة كالصحيحة.

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٣، من أبواب الخيار، الحديث ٢.

نعم، تخلّص الشيخ من هذا الاشكال باحتمال ورود القيد مورد الغالب، لأنّ الغالب كون صاحب الحيوان مشترياً.

يلاحظ عليه: أنّه لو صحّ هذا الاحتمال لأجل الغلبة لصحّ تنزيل الاطلاق في صحيحة محمد بن مسلم على الفرد الغالب وهو المشتري، إذ لو كانت الغلبة مصحّحة للتصرّف في القيد لكانت مسوّغة للتصرّف في الاطلاق فيحمل المطلق (صاحب الحيوان) على الفرد الغالب (المشتري) فما الفرق بين التصرّفين حيث ادّعى الشيخ الأنصاريّ أنّ الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل القيد عليها، ولا توجب تنزيل الاطلاق.

ومع ذلك كلّه، فالقول الأوّل هو الأرجح، ولكنّه ينطبق على القول الثالث أيضاً، وإليك البيان بذكر أمرين:

الأوّل: إنّ مضمون الروايات لا يتجاوز عن ثلاثة:

١ـ الخيار لخصوص المشتري، وهو الأكثر.

٢ـ الخيار لصاحب الحيوان، وقد جاء في صحيحة محمد بن مسلم، كما جاء في صحيحة زرارة، وقد روى عن أبي جعفر قال: سمعته يقول: قال رسول الله: «البيّعان بالخيار حتى يتفرّقا و صاحب الحيوان ثلاث»[1].

٣ـ ثبوته للمتبايعين، وقد ورد في رواية محمد بن مسلم، وقد عرفت كيفية الجمع بين الروايات في التقرير السابق، وأنّ الآخذ بالقول الأوّل بحمل الاطلاق في صاحب الحيوان بالخيار، على كونه وارداً مورد الغالب وهو المشتري، كما أنّ الآخذ بالقول الثالث بحمل القيد الوارد في حجج القول الأوّل، على الفرد

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

الغالب، وقد عرفت أنّه لا ترجيح لأحد الحملين على الآخر.

وأمّا ما دلّ على ثبوته للمتبايعين، فهو إمّا مضطرب المتن أو معارض برواية أُخرى عن نفس محمد بن مسلم، وسيوافيك رفع التعارض بغير هذا الوجه.

الثاني: إنّ البيع إذا كان متحقّقاً بالنقد فصاحب المتاع بائع والناقد مشترٍ، وأمّا إذا كان المتاع في مقابل المتاع فكلّ واحد بائع من جهة، ومشترٍ من جهة أُخرى، ولا اعتبار ببعض الوجوه الذي يذكره الشيخ في مثل المقام من عدّ صاحب الحاجة مشترياً، والمقابل بائعاً، والشاهد على ذلك أنّ الطرف المقابل إذا أراد بيع ما أُخذ من صاحب الحاجة يقول: اشتريته بمتاع كذا. كل ذلك يعرب عن اتّصاف كل من الطرفين بالبيع والاشتراء.

إذا عرفت هذين الأمرين، فنقول:

ما ورد من أنّه خيار الحيوان للمشتري فهو ناظر إلى ما إذا كانت المعاملة متحقّقة بالنقد فالخيار للمشتري دون البائع.

وما ورد فيه من أنّ الخيار لصاحب الحيوان فهو ناظر إلى ما إذا كانت المبادلة بين الحيوان ومتاع آخر، فعندئذ فمن أخذ الحيوان ودفع المتاع الآخر، وإن كان بائعاً من جهة، لكنّه مشترٍ أيضاً من جهة أُخرى، فكما يصحّ لنا أن نصفه بأنّه صاحب الحيوان، يصحّ لنا أن نصفه بأنّه مشترٍ، فيكون العنوانان منطبقين عليه.

وأمّا العنوان الثالث، أعني: المتبايعين فهو محمول على مبادلة حيوان بحيوان، فلكلٍ خيار الحيوان لأنّهما متبايعان وأنّهما صاحبا الحيوان كما أنّ كليهما مشتريان أيضاً، فلا منافاة بين ثبوت الخيار لخصوص المشتري وثبوته للمتبايعين.

وبهذا البيان يمكن الجمع بين الـروايات بلا اشكال، وبما أنّ المعـاملات في العصور السابقة خصوصاً في البلاد النـائية عن الحضارات، كانت تتحقق بتبديل متاع بمتاع آخـر أو من جنسه، فلا بعـد في حمل هذه الروايات على هـذا النوع من المعاملات ولا يعد ذلك من الجمع التبرّعي.

❁ ❁ ❁

الموضع الثاني: في مبدأ خيار الحيوان ومنتهاه:

المشهور أنّ مبدأ خيار الحيـوان هو زمان العقد «صرّح به جماعة وهـو ظاهر الباقين»[١] وحكي الخلاف عن الغنيـة، فزعم أنّ مبدأه مـن حين التفرّق. ويمكن استظهار الخلاف من الشيخ والحلّـي حيث قـالا: بأنّ مبدأ خيار الشرط من حين التفرّق، قـال في المبسوط: الأولى أن يقـال: إنّه يعني خيـار الشرط يثبت من حين التفرّق لأنّ الخيار يدخل إذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التفرّق [٢].

ولو صحّ ما ذكره لجرى في خيار الحيـوان أيضاً، والتحقيق هو القول الأوّل، وذلك ببيـان مقدمة، وهـي أنّك قد عـرفت فيما سبق هـو أنّ روح النزاع في عصر الشيخ بين المثبت والمنكـر، كان في امتـداد خيار المجلس إلى ثلاثـة أيام وعـدمه، فالإمـامية على الامتداد خلافاً لغيرهم حيث قالوابأنّ الغاية واحدة.وعلى ذلك خيار الحيوان على فـرض ثبوته ليس خياراً مستقـلاً، بل هو نفس خيـار المجلس الذي وافق عليـه كل الفقهاء سـوى الحنفية غير أنّـه عند الإمـامية في غير الحيـوان مغيّا

١ـ جواهر الكلام، ج٢٣، ص ٢٨.

٢ـ المبسوط: ٢/ ٨٥.

بالتفـرّق، وفيه إلى ثـلاثة أيـام، وعند غيرنـا للجميع غايـة واحدة وهـو التفرّق في الحيوان وغيره.

ويمكن استظهار ذلـك من الروايات وأنّـه ليس هنا إلاّ خيـار واحد لجميع المبيعات وإنّما الاختلاف بين الحيوان وغيره في منتهى الخيار.

منها: صحيحة محمد بن مسلم حيث اتّخذت المتبايعين موضوعاً في الحيوان وغيره، وفصّلت بين كون المبيع حيواناً وغيره، وقال: المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفي ما سوى ذلـك من بيع حتى يفترقا [1]. وظاهره أنّ الخيار المتحقّق في الحيوان، نفس الخيار المتحقّق في غيره، وإنّما الاختلاف في الغاية.

وتؤيّده أيضاً رواية علي بـن أسباط، عن أبي الحسن الرضا ـ عليه السلام ـ، قال: «سمعته يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام وفي غير الحيوان أن يفترقا» [2].

ونظيرها صحيحة فضيل، حيث تقول: قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثـلاثة أيـام للمشتري. قـال: قلت له: مـا الشرط في غير الحيـوان؟ قال: البيّعـان بالخيار ما لم يفترقا [3].

فإنّ الظاهر مـن رواية علي بن أسباط أنّ هنا خياراً واحـداً في المبيع غير أنّه تختلف غايته حسب اختلاف المبيع، كما أنّ الظاهر من صحيحة فضيل أنّ الشرط في الحيوان ثلاثة أيام وهو في غيره ما لم يفترقا، فالمجعول خيار واحد غير أنّه رعاية للحكمة، جعـل غايته في غير الحيـوان الافتراق لسرعة تبيّـن حالـه وفي الحيوان ـ

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢ـ المصدر نفسه: الحديث ٨.

٣ـ المصدر نفسه: الحديث ٥، والباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

لحاجته إلى التروّي والامعان ـ إلى ثلاثة أيّام. هذا هو الظاهر من الروايات.

ومنه يظهر أنّه لا غبار في الحكم بأنّ مبدأه هو زمان العقد كحكمه في سائر المبيعات، لأنّه في الحيوان وغيره من جنس واحد تشمله أدلّة خيار المجلس، نعم على القول بالتعدّد يأتي النزاع في مبدئه.

فإن قلت: يلزم على ذلك عدم الخيار للبائع بتاتاً لا بعنوان خيار المجلس، ولا بعنوان خيار الحيوان في بيع الحيوان لأنّ خيار الحيوان هو استمرار لخيار المجلس، وقد قرّر عند المشهور أنّه للمشتري دون البائع، فيلزم عليه أن لا يثبت له الخيار أبداً.

قلت: لا مانع من الالتزام به، إذا وافقه الدليل، فالمتبايعان في غير الحيوان لهما الخيار ما لم يتفرّقا، كما لهما الخيار في بيع الحيوان، حسب العمومات لكن خرج عنه البائع بدليل منفصل.

فان قلت: إنّ رواية الفضيل ليست في بيان أصل الخيار، حتى تستنتج منها وحدة الخيار، بل هي في مقام بيان الغاية.

قلت: لا دليل على عدم كونها في مقام البيان من هذه الجهة أيضاً مع أنّ الإمام حكى في حديثه قول النبيّ وهو: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، ومن المعلوم أنّ النبي الأكرم ﷺ كان في مقام بيان أصل الخيار مع غايته لما سبق أنّ خيار المجلس من الأحكام الإسلامية غير المسبوقة بحكم عرفي.

ثمّ إنّه لو قلنا بتعدّد الخيار، وإنّ هناك خيار مجلس يعم المتبايعين غايته التفرّق، وخياراً آخر لصاحب الحيوان غايته ثلاثة أيام، يمكن استظهار قول المشهور أيضاً من نفس الروايات وذلك بوحدة السياق، لا من ملاحظة رواية

حاكية عن أنّ مبدأ الخيارين هو العقد، فلاحظ قوله ﷺ : البيّعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الخيار بالحيوان ثلاثة أيام[1].

وإن شئت قلت: إنّ الخيارين مترتّبان على العنوانين: البيّعان، وصاحب الحيوان، وبما أنّهما يتحققان بنفس العقد، لازمه أنّه يتحقّق الخيار بتحقّقهما، لأنّ المفروض أنّ كل واحد تمام الموضوع للحكم. هذا كلّه حول قول المشهور.

ثم إنّه استدلّ على القول الآخر بوجوه مختلفة نشير إليها:

١ ـ وجود المانع العقلي عن كون مبدأ الخيار هو العقد وذلك لأنّ العقد المتزلزل بخيار المجلس لا يقبل التزلزل من جانب خيار الحيوان، إذ هو تحصيل للحاصل، وإن شئت قلت: إنّ البيع جائز بسبب خيار المجلس فلا وجه للحكم بجوازه أيضاً لكونه لغواً، وبعبارة ثالثة: إنّ الخيار شيء واحد فلا يصحّ توارد سببين تامّين عليه.

يلاحظ عليه: أنّ هذه الوجوه الثلاثة مردودة بوجهين اجمالاً وتفصيلاً:

أمّا الاجمال، فإنّها من باب خلط الأُمور الاعتبارية بالحقائق الخارجية، فإنّ هذه التعليلات تتمشّى في الحقائق، دون المسائل الاعتبارية.

وأمّا تفصيلاً، فعن الأوّل: بأنّ معنى قوله: «العقد المتزلزل لأجل خيار المجلس لا يصحّ توصيفه بالتزلزل لأجل خيار آخر» ، إنّه لا يصحّ اجتماع خيارين في عقد واحد وهو منقوض باجتماع خيار العيب والغبن في عقد واحد. أضف إلى ذلك: أنّه لا مانع من اجتماعهما لترتّب الأثر عليهما باسقاط واحد وابقاء الآخر، فربّما يسقط خيار الغبن في العقد ويبقى خيار العيب، وما يظهر من عبارته من

١ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

امتناع تزلزل المتزلزل أشبه باجراء حكم التكوين إلى التشريع.

وأمّا عن الثاني: فلأنّ عدم جواز الحكم بالجوازين على عقد، إنّما هو إذا اتّحدت الجهة فعقد الهبة لا يكون جائزاً بجوازين، وأمّا إذا اختلفت الجهة فلا مانع، فيجوز أن يكون عقد البيع جائزاً لأجل خيار المجلس وجائزاً أيضاً لأجل خيار الحيوان.

وأمّا عن الثالث: أعني امتناع توارد سببين على مؤثّر واحد، فإنّما هو من خصائص التكوين لا التشريع، فإنّ الأسباب الشرعية ليست مؤثّرات وموجدات بل موضوعات، فلا مانع من أن يكون البيّعان موضوعاً للخيار لأجل التروّي في مجلس العقد مطلقاً حيواناً كان أو غير حيوان، وأن يكون عنوان الحيوان سبباً آخر لخيار ثلاثة أيام لحاجة المشتري إلى التروّي المستمر. فالاختلاف في الموضوع صار سبباً لاعتبار خيارين.

هذا كلّه حول المانع العقلي.

٢ــ وأمّا المانع الشرعي فهو عبارة عن الأُصول العملية كأصالة عدم حدوث خيار الحيوان حين التفرّق، أو أصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد.

يلاحظ عليه: أنّ الأصلين مثبتان، فإنّ المطلوب اثبات أنّ مبدأ خيار الحيوان هو العقد، وهذا أثر عقلي للأصلين كما هو واضح.

ثمّ إنّه ربّما يؤيّد خلاف المشهور بما دلّ على أنّ تلف الحيوان في الثلاثة من البائع [1] مع أنّ التلف في الخيار المشترك من المشتري.

١ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار.

يلاحظ عليه: أنّ هذا يمكن أن يكون دليلاً على عدم تعدّد الخيار، وأنّ هنا خياراً واحداً غايته التفرّق في غير الحيوان، وانقضاء ثلاثة أيام فيه، مع اختصاصه بالمشتري، والتلف في هذه المدّة من البائع لكونه ممن لا خيار له، ولو تنزّلنا عن ذلك وقلنا بتعدّد الخيار، فنقول: إنّ الاطلاق وارد مورد الغالب، فإنّ التلف قلّما يتّفق في مجلس البيع، وإنّما يتحقّق بعده. فلأجل ذلك قالوا: بأنّ التلف في الثلاثة من البائع، لأنّ التلف يتّفق عند انقضاء خيار البائع بالتفرّق ، وبقاء خيار المشتري إلى ثلاثة أيام ، وإلاّ فلو تلف قبل التفرّق فيحكم عليه بحكم الخيار المشترك.

هذا كلّه في بيع المالك، وأمّا عقد الفضولي وبيع السلم، فنقول: أمّا الأوّل فإن قلنا: إنّ الاجازة ناقلة فلا شك أنّ مبدأ الخيار هو زمن صدور الاجازة، وأمّا إذا قلنا بكونها كاشفة فلها احتمالات:

١ــ الكشف الحقيقي: بمعنى حصول الملكية للمشتري بمجرّد عقد الفضولي، وإن لم يكن هناك رضا المالك و لكنّها كانت غير معلومة، كشفت عنها الاجازة، وعلى ذلك فلا تأثير للاجازة في حصولها، بل لها تأثير في حصول العلم بها، وهذا الاحتمال باطل لظهور الأدلّة في تأثير الرضا في النقل والانتقال لا في ظهورهما.

٢ــ الكشف الحقيقي: بمعنى أنّ الاجازة في زمن صدورها تحدث ملكية للمشتري فيما سبق كما أنّ عقد المالك يحدث له ملكية فيما يأتي، ولمّا كانت الملكية أمراً اعتبارياً يصحّ جعلها واعتبارها في السابق واللاحق، ولا تتوقف صحّة الاعتبار على شيء سوى ترتّب الأثر، وتصوّر استلزامه أن يكون شيء واحد ملكاً

لشخصين في زمان واحد، مدفوع بأنّه لا مانع منه، لاختلاف زمان الاعتبار، و إن كان زمان المعتبر واحداً، ولا يضر ذلك إذا اختلف زمان الاعتبار، فلو باع الفضولي يوم السبت وأجاز المالك يوم الأحد فالمجيز كان مالكاً في يوم السبت قبل صدور الاجازة، وبعد اجازته يتغيّر الاعتبار ويفرض كون المشتري مالكاً فيه.

هذا غاية التوجيه للكشف الحقيقي بهذا المعنى، وقد كان سيدنا الأُستاذ الحجّة الكوه كمري ـ قدّس الله سرّه ـ [1] يستقربه في تفسير الروايات الدالة على الكشف ولكنّه فرض بعيد عن الأذهان العرفية، فلا يصح تنزيل ما دلّ على الكشف على هذا الفرض.

فلمّا بطل الفرضان تعيّن الكشف الحكمي وهو ترتيب آثار الملكية للمشتري لا فرضه مالكاً، وإنّما يكون مالكاً من زمان صدور الاجازة، فيتعلّق خيار الحيوان بهذا الظرف، لما تضافرت الروايات على أنّ خيار الحيوان لصاحبه وهو ليس صاحباً إلاّ من هذا الزمان.

أمّا بيع الحيوان سلفاً، فلو قلنا بتعلّق خيار الحيوان بالكلي كتعلّقه بالجزئي، يكون مبدؤه هو العقد كسائر العقود، ولو قلنا بعدم تعلّقه بالكلّي، فلا مناص من تصويره فيما إذا كان الحيوان ثمناً كما إذا باع طعاماً سلفاً بحيوان نقداً، وقد عرفت أنّ الخيار لصاحب الحيوان من غير فرق بين كونه بائعاً أو مشترياً، أضف إليه أنّه مشتر بعنوان آخر، فلا ينافي القول بثبوت الخيار هنا له، القول باختصاصه بالمشتري كما مر.

١ـ الفقيه الحفيظ وقد حضرنا بحثه أزيد من ثلاث سنوات، كان ـ قدّس سرّه ـ آية في الذكاء والحفظ والتتبع. توفّي ـ رحمه الله ـ في جمادي الآخرة من شهور عام ١٣٧٢ ودفن في مقبرته الواقعة في المدرسة الحجتية.

في دخول الليالي:

إنّ للأيام في القرآن والعرف اطلاقات نشير إليها:

١ـ قد تطلق الأيام ويراد منها الدورات التكوينية السائدة على الموجود، كما في قوله سبحانه: ﴿اللهُ الَّذِي خَلَقَ سبعَ سَمٰواتٍ والأرض في ستّة أيّام﴾ (السجدة/ ٤) ، فلو قلنا: إنّ المراد مجموع السماوات و الأرض سواء كانت تحت المجرَّة أم فوقها، وبعبارة أُخرى: العوالم الكونية مطلقاً، فلا مناص من تفسير الآية بالدورات التدريجية التي مضت عليها، وصارت سبباً لاستكمالها من النقص إلى الكمال، نعم لو قلنا: إنّ المراد هو السماء المحسوس، فلا مانع من تصوير أيّام لها باعتبار أيام سائر المنظومات، وعندئد يكون اليوم بمعناه اللغوي.

٢ـ وقد تطلق الأيام ويراد منها الفصول الأربعة، قال سبحانه: ﴿وقدَّرَ أقواتها أربعةَ أيّامٍ سواء للسائلين﴾ (فصلت/ ١٠).

٣ـ وقد تطلق الأيام ويراد منها ما يقابل الليالي. قال سبحانه: ﴿سَخَّرها عَلَيهِمْ سَبعَ لَيالٍ وثمانية أيّام حُسوما﴾ (الحاقة/ ٧).

٤ـ وقد تطلق الأيام ويراد منها بياض الأيام مع لياليها، قال سبحانه خطاباً لزكريا: ﴿آيتُكَ أنْ لا تُكَلِّمَ الناسَ ثلاثةَ أيّامٍ إلاّ رمزاً﴾ (آل عمران/ ٤١)، فإنّ المراد امساك لسانه عن الكلام في الأيام والليالي إلاّ إيماءً من غير آفة حدثت فيه. وقال سبحانه حاكياً عن صالح: ﴿فَعَقَرُوها فقالَ تَمَتَّعُوا في دارِكُمْ ثلاثة أيّامٍ ذلكَ وعدٌ غَيْـرَ مَكْذوب﴾ (هود/ ٦٥).

وليس ذلك الاستعمال بعزيز بل ترى نظيره في الروايات مثل قوله: «أقلّ

الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام» [١] وقوله: «إذا دخلت بلداً وأنت تريد المقام عشرة أيام فأتم الصلاة» [٢] ولا شكّ أنّ المراد هو الأيام مع لياليها.

وعلى ذلك فالظاهر أنّ المراد من الأيام في روايات الباب هي مع لياليها، وتؤيّد ذلك حكمة جعل الخيار فانّها لإمهال المشتري كما في صحيحة علي بن رئاب: «الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة» [٣] أي مهلة حتى يختبر، وعند ذلك يكون المراد من قوله: «فإذا مضت ثلاثة أيّام فقد وجب الشراء» مضيّها بلياليها معاً.

إذا عرفت ذلك فلنذكر أحكام الصور المتصوّرة موضوعاً وحكماً:

١ـ لا شك في دخول الليلتين المتوسّطتين، إذ لولاه يلزم انقطاع الخيار في الليالي وحدوثه في الأيام وهو كما ترى. إنّما الكلام في كيفية الدخول، فذهب الشيخ الأنصاري إلى أنّ دخولهما تبعيّ لحفظ الاستمرار، وعلى ما ذكرنا دخولهما حقيقي وموضوعي لأنّه أُريد من الأيام ـ ولو مجازاً ـ الأيام ولياليها وذلك أمر متعارف، وهناك فرق بين قولنا للمشتري: الخيار من حين العقد إلى مضي ثلاثة أيّام، وقولنا: له الخيار ثلاثة أيّام، أو أنّ الشرط في الحيوان ثلاثة أيّام، فيراد من التعبير الأوّل بياض يوم، ويكون دخول الليالي حكماً وتبعاً، بخلاف التعبير الثاني فانّه ظاهر في دخول الليالي في مفهوم الأيام وأنّ لها موضوعية كموضوعيتها.

٢ـ لو عقد في أوّل النهار، فعلى ما ذكره الشيخ من أنّ دخول الليلتين

١ـ لاحظ الوسائل: ج٢، الباب ١٠، من أبواب الحيض.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب صلاة المسافر، الحديث ١٧.

٣ـ المصدر نفسه: ج١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

المتوسطتين دخول حكمي دخلتا لحفظ الاستمرار حتى ينقضي الخيار إلى آخر اليوم الثالث، لا تدخل الليلة الثالثة لعدم الحاجة إلى الاستمرار، وعلى ما اخترناه ينقضي بانتهاء الليلة الثالثة.

٣ـ إذا عقد في أثناء الليل أو النهار، فالظاهر من الشيخ التلفيق بأي نحو اتّفق، بقي من اليوم شيئاً يسيراً أو كثيراً، ومثله الليل، وذلك هو الأقوى لأنّ المقياس هو مضي زمان يعادل ثلاثة أيام مع لياليها حتى يقف المشتري على معايب الحيوان، وهذا لا يتفاوت فيه كون مبدؤه أوّل النهار أو وسطه.

غير أنّ السيد الطباطبائي ذكر للمسألة صوراً ثلاث، وقال: ولو كان في أثناء النهار فإن كان ما مضى منه قليلاً، بحيث يصدق اليوم الكامل على بقيته فيحسب ذلك اليوم يوماً واحداً، كما إذا كان في آخر النهار بحيث لم يبق منه إلاّ يسير لا يعتنى به فيلغى بالمرّة، ولابد من مضي ثلاثة أيام تامة غيره، وإن كان في الأثناء ولم يكن الماضي أو الباقي ملحقاً بالعدم، فاللازم بمقتضى القاعدة الغاء ذلك اليوم، ومضي ثلاثة أيّام أُخر، وذلك لأنّ التلفيق من اليوم الرابع فرع ارادة مقدار بياض يوم، مع أنّ ظاهر اللفظ ارادة نفس اليوم لا مقداره [1].

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره بعيد من ذوقه وفقاهته، لأنّ المعاملات أُمور عرفية والتروّي ثلاثة أيام إمهال للمشتري لينظر فيما اشترى، والقول بأنّ المراد هو اليوم الكامل لا مقداره، يناسب العبادات التي تطلب لنفسها الجمود لا المعاملات التي تطلب السهولة واليسر.

٤ـ لو عقد بعد مضي مقدار من الليل فعلى ما ذكرنا لا ينقضي إلاّ بعد مضي هذا المقدار من الليلة الرابعة، وقال الشيخ بانقضاء الخيار بانتهاء اليوم

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ٢/ ١٨.

الثالث، واحتمل بعضهم ورود النقص على اليوم الثالث بمقدار ما استغرق من الليلة الأُولى وهو فاسد، لأنّه يستلزم ارادة مقدار اليوم من النصوص أي الساعات (٣٦ ساعة مثلاً) وعليه يكفي يوم وليلتين أو يومان وليلة واحدة وهو فاسد.

الموضع الثالث: في مسقطاته:

يسقط خيار الحيوان كخيار المجلس بأُمور نشير إليها:

١ـ اشتراط سقوطه في ضمن العقد، أو في ضمن عقد سابق، أو عقد لاحق وتصوّر كونه اسقاطاً لما لم يجب قد عرفت جوابه، وله اسقاط بعضه دون بعض، من غير فرق بين أن يكون الساقط أوّله أو وسطه أو آخره، وهو وإن كان حقّاً واحداً، إلاّ أنّه يتقسّط حسب الأيام بل الساعات، وما أفاده المحقق الخراساني في تعليقته من الاشكال على اسقاط اليوم الثاني فقط من أنّ ثبوته بعد اسقاط اليوم الوسط، إمّا اعادة للمعدوم أو تحقّق بلا سبب [1]، غير تام، لأنّ اسقاطه لو كان في ضمن العقد يرجع معناه إلى تقليل مدّة الخيار من أوّل الأمر، وتخصيصه بالأوّل والثالث، وهذا كما لو كان الخيار المجعول من جانب الشارع في الحيوان بهذا النحو.

وإن كان اسقاطه بعد العقد، لبعض الأجزاء فهو اسقاط لبعضه مع الصيانة على الباقي، فلا يلزم في الصورتين اعادة للمعدوم، أو تحقّق أمر بلا سبب، وهذا كما يجوز في المال أن يباع بعضه دون بعض فهكذا يجوز للحق اسقاط بعضه دون بعض.

١ـ تعليقة المحقّق الخراساني على المتاجر والخيارات/ ٩٤ـ٩٥.

٢ـ اسقاطه بعد العقد، بقوله: التزمت بالعقد.

٣ـ سقوطـه بكل فعل دال على التزامه بـالعقد [١]، وكراهته للفسخ وإن لم يستلزم تصرّفاً في المبيع، كما لو اشترى جارية، واشترى لها في أيام الخيار ما يناسبها من الألبسة والأحذية وأدوات الـزينة، أو عـرضها للبيع مـن دون أن يتصرّف فيها ولكن عُدَّ العمل عرفاً انشاءً فعلياً للالتزام بالبيع وإسقاطاً للحق، إذ لا فرق فيه بين القول والفعل، فالانشاء الفعلي كالانشـاء القولي وقد ورد في خيار الشرط ما يشهد لذلك [٢].

٤ـ التصرّف وكـونـه مسقطـاً في الجملـة ممّـا لا كـلام فيـه، إنّما الكـلام في خصوصيـاته فقد اضطربت كلماتهم كـاضطراب النصوص في نظـرهم، وقد أنهى السيد الطباطبائي الأقوال في المسألة إلى سبعة من كون المسقط هو التصرّف بقصد الاسقاط، أو الكاشف عن الـرضا بالالتزام كشفاً طريقياً، أو كشفـاً موضوعياً [٣]، أو مطلق التصرّف إلاّ مـا كان لـلاختبار، أو مـا كان منقِّصـاً للقيمة، أو يكـون له أُجرة، أو ما كان موجباً لتغيّـر العين كـأخذ حافر الدابة أو انعالها، أو التصرّف في البيع بما أنّه مملوك له [٤].

والمهم دراسة الروايات وعرض الأقوال عليها. والروايات على قسمين:

ألف: ما يتبادر في بادئ النظر أنَّ التصرّف مسقط بلا قيد وشرط.

بـ ما يظهر منه كون المغيّـر منه مسقطاً.

١ـ وقد سقط هذا القسم من المسقطات من قلم الشيخ الأعظم فاكتفى بالأقسام الثلاثة.

٢ـ الوسائل: ج١٢ ، الباب ١٢ من أبواب الخيار ، الحديث ١.

٣ـ تظهر الثمرة فيما لو علم عدم ارادة الالتزام فلا يسقط على الطريقية دون الموضوعية.

٤ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ٢/ ٢١.

أمّا الأوّل: فتدل عليـه: صحيحتا علي بن رئاب عـن أبي عبد الله ـعليه السلام ـ قـال: الشرط في الحيـوان ثلاثـة أيـام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحـدث المشتري فيما اشترى حدثـاً قبل الثلاثة الأيام، فـذلك رضاً منه فـلا شرط. قيل له: ومـا الحدث؟ قال: إن لامـسَ أو قبّل أو نظـر منهـا إلى ما كـان يحرم [١] عليه قبل الشراء [٢].

ابتـدأ الإمـام بخيار الحيـوان، وجعـل الموضـوع لسقوط الخيـار «احـداث الحدث» من جانب المشتري لكنّه عندما أراد التمثيـل به، مثّل بالأحداث الواردة على الأمة، لا على الحيوان بالمعنى العرفي.

وعنه أيضاً: سألت أبا عبد الله ـعليه السلام ـ عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقـال: الخيار لمن اشترى ـ إلى أن قـال: ـ قلت لـه: أرأيت إن قبّلهـا المشتري أو لامس؟ قـال: فقـال: إذا قبّـل أو لامس أو نظـر منهـا إلى مـا يحرم على غيره فقـد انقضى الشرط ولزمته [٣].

وتختلف الـرواية عمّـا تقدّمهـا في أنّ السؤال مـن أوّل الأمر عن الجاريـة، وتشترك معهـا أنّـه جعل اللمس والنظـر مسقطين، وفهـم العلماء منهما أنّ مطلق التصرّف هـو المسقط سـواء كـان مغيّـراً أم لا، منقّصاً للقيمـة أم لا، تصرّف بنيّـة الاسقاط أم لا، كاشفاً عن الالتزام أم لا.

وأمّا الثاني: فعدّة روايات:

١ـ مكاتبة الصفّار قال: كتبت إلى أبي محمد ـعليه السلام ـ في الرجل اشترى من

١ـ خرج التصرّف حال السهو والغفلة أو بقصد الاختبار.

٢و ٣ـ الوسائل: ج١٢ الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣.

رجل دابّة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر، أو أنعلها، أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقّع ـ عليه السلام ـ: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله [1].

والموضوع لسقوط الخيار هو احداث الحدث، ولكن الراوي خصّه بالأمر الطارئ عليها من أخذ الحافر و انعالها، ولم ير ركوب فراسخ من مصاديقه، بشهادة أنّه عطف «ركب» على «أحدث» الحاكي عن المباينة وأقرّه الإمام عليه، بشهادة أنّه جعل الموضوع احداث الحدث، وقال: «إذا أحدث فيها حدثاً ...» ولم يذكر الركوب ، وعليه، المسقط هو الطارئ المغيّر لا مطلق التصرّف مثل الركوب عدّة فراسخ فضلاً عن سقي الدابة وتعليفها، أو ركوب الدابة للاختبار، أو للذهاب إلى البيت القريب من محل الاشتراء.

٢ـ خبر الحلبي عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ: في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثمّ ردّها؟ فقال: «إن كان في تلك الثلاثة أيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء» [2] والرواية محمولة على الرد في الساعات الأخيرة للثلاثة الأيام بحيث يصدق عليه أنّه أمسكها ثلاثة أيام، كما يحمل ردّ الامداد، على الاستحباب لأنّ النماء للمشتري، التزم بالبيع أم لا.

وجه الاستدلال أنّه لو كان مطلق التصرّف مسقطاً، لسقط الخيار لأنّ المفروض حلبها وشرب لبنها، فإذا لم يكن مثل ذلك مسقطاً، فسقي الدابة

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٢ ـ المصدر نفسه: الباب ١٣، من أبواب الخيار الحديث ١.

وتعليفها واستخدام الأمة لبعض الأُمور، لا تكون مسقطة بطريق أولى.

٣ـ ما رواه الصدوق في معاني الأخبار عن النبي ﷺ في الغنم المصراة وقال: «من اشترى مُحفلـة فليردّ معها صاعـاً، وسمّيت محفلة لأنّ اللبن جعـل في ضرعها واجتمع، وكل شيء كثَّرته قد حفلته»[1].

٤ــ صحيحة عبـد الله بن سنـان قال: «سـألت أبا عبـد الله ـعليه السلام ـ عن الرجل يشتري الدابّة أو العبد، ويشترط إلى يـوم أو يومين فيموت العبد والدابّة أو يحدث فيـه حدث، على مَنْ ضمان ذلـك؟ فقال: على البـائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري»[2] فلو كان مطلق التصرّف مسقطـاً كالسقي والتعليف والحلـب، أو الركـوب لزم حمل تلك الـروايات التـي تجعل الضمان على عـاتق البـائع، على الصـورة النـادرة، إذ قلّـما يتّفـق أن تنفكّ الـدابـة عـن هـذه التصرّفـات، بخلاف مـا إذا قلنا بـأنّ المتيقّن من هـذه الروايـات، هو التصرّفـات المغيِّـرة أو المنقِّصة لا مطلقها، فلا يلزم المحذور لعدم ندرته.

الجمع بين الروايات:

وأمّا الجمع بين الطائفتين فـالمهم هو تفسير ما هو الموضـوع لثبوت الخيار، أعني: ما أحدث فيه حدثاً فإنّه مفتاح الجمع فنقول:

إنّ المتبادر من هذه الكلمة هو التصرّفات المغيّـرة، وذلك، مضافاً إلى دلالة مكاتبـة الصفار على هذا المعنى، إنّـه ورد ذلك العنوان في غير واحـد من أبواب الفقه وأُريد منها طروء التغيّـر، و إليك البيان:

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٣، من أبواب الخيار الحديث ٣.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

١ـ ورودها في باب خيار العيب، روى زرارة عن أبي جعفر ـعليه السلامـ قال: «أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرّأ إليه، ولم يبيّن له فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً، ثمّ علم بذلك العوار وبذلك الداء ، أنّه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» [١] فالموضوع كما ترى هو احداث الحدث وقد فسّر بعض الروايات بقطع الثوب أو خياطته أو صبغه [٢].

٢ـ قد فسّرت أحداث السنة في المبيع با لمغيّرات، روى أبو همام قال: سمعت الرضا يقول: يرد المملوك في أحداث السنة من الجنون والجذام والبرص ...

٣ـ وردت هذه الكلمة، في إيجار ما استأجره بأنّه لا يجوز إلاّ أن يحدث فيه حدثاً، فعن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ قال: «إنّي لأكره أن أستأجر الرحى وحدها ثمّ أُؤجرها بأكثر ممّا استأجرتها إلاّ أن أُحدث فيها حدثاً أو أُغرم فيها غرماً» [٣]. كل ذلك يعرب عن أنّ المراد من احداث الحدث، احداث عمل في المبيع على ما سبق.

إذا عرفت ذلك فنقول: إذا كان التصرّف المسقط منحصراً في المغيّر، يبقى هناك سؤال وهو أنّ الإمام عدّ لمس الأمة وتقبيلها أو النظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء من المسقطات، ومن المعلوم أنّ هذه الأُمور ليست تصرّفاً مغيّراً.

والجواب: أنّ ما جاء فيها مختص بباب خيار الحيوان، ولا يتعدّى عنه إلى غيره مثل خيار العيب، فلأجل ذلك جعلوا المسقط هناك الوطء، وتضافرت

---

١ و ٢ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و٣ و٤.

٣ـ المصدر نفسه: ج ١٣ الباب ٢٠ من أبواب الاجارة، الحديث ١، ولاحظ الباب ٢٢ منها.

الروايات [١] في كونه مسقطاً، ولو كان النظر واللمس مسقطاً، يلزم عدم استناد السقوط في مورد إلى الوطء لكونه مسبوقا بهما.

أضف إلى ذلك ما رواه داود بن فرقد من جواز ردّ الأمة بعد ستّة أشهر إذا لم تحض [٢]، ومن البعيد أن لا يتصرّف فيها المشتري باللمس والنظر إلى ما يحرم عليه.

والحاصل: أنّ الأمة مستثناة عن الضابطة الكلية في هذا الباب فالتلذّذ الجنسي منها مسقط للخيار فهو فيها قائم مقام التصرّف المغيّر في سائر أنواع الحيوان.

والذي صار سبباً لاضطراب كلمات الأصحاب، هو عدّ هذه الأمثلة الواردة في مورد الأمة من مسقطات الخيار فيها، فاتّخذوها مقياساً لكل مورد، وحكموا بمسقطيّة كل التصرّفات إلاّ ما يستثنى من الأُمور الجزئية أو الاختبارية.

وأمّا إذا قلنا بأنّ هذه الأمثلة وردت في الأمة، ولها خصوصية بين سائر الحيوانات، فلا يصحّ لنا انتزاع ضابطة كلية في جميع أنواع الحيوان، فلمسها وتقبيلها أو النظر إلى ما يحرم، أُقيم في الشرع مقام التصرّف المغيِّر في غيرها لأنّها انسان لها قيمتها الخاصة، وهذه الأُمور تنقص من قيمتها، أو مكانتها في الاجتماع، وبذلك تقدر على جمع الروايات والقضاء بين كلمات الأصحاب.

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٣، من أبواب أحكام العيوب.

٢ـ المصدر نفسه: الحديث ٣.

عموميّة الحكم للجاهل والعالم:

ثمّ إنّه إذا كـان التصرّف المغيّـر مسقطاً فهـل هو مسقط مطلقاً، سـواء كان المتصرّف عالماً بـالموضوع (أن هـذا الفرس مثـلاً هو المبيع الـذي اشتراه أمس) أو جاهلاً به وتصوّر أنّه هو ماله الذي تملّكه قبل شهور، وسواء كان عالماً بالحكم وأنّه ذو خيار أو أنّ خياره يسقط بالتصرّف أم لا؟

أو أنّ المسقط هـو التصرّف الصادر من الملتفـت إلى الموضوع والحكم، فـلا يسقط إذا كـان جـاهلاً بـالموضوع أو الحكـم، ظاهـر الـروايات هـو الأوّل، وإنّ التصرّف واحداث الحدث كافٍ في ثبوت الخيار مطلقـاً، ولو خصصناه بالملتفت، يلزم حمل المطلقـات على المواضع القليلة أو النادرة، فإنّ الجهل في الأحكـام سائد على الناس خصوصاً الجهل بخصوصيات المسقط.

وعلى ما اخترنـا، يكون مطلق التصرّف المغيّـر مسقطـاً وينطبق المختار على القول السادس من الأقوال السبعة التي نقلها السيد الطباطبائي كما لا يخفى.

تفسير قوله: «فذلك رضاً منه فلا شرط»:

قد ورد في صحيحة علي بن رئاب عند تحديد المسقط، قوله ـعليه السلامـ: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام، فذلك رضا منه، فلا شرط».

وهنا ثلاث جمل:

١ـ الجملة الشرطية: «فإن أحدث فيما اشترى حدثاً».

٢ـ الجملة الجزائية: «فذلك رضاً منه».

٣ـ الجملة التالية: «فلا شرط».

وقد ذكر الشيخ الأعظم فيها وجوهاً أربعة، وإن كانت المحتملات فيها أزيد من أربعة، وقد نبَّه عليها السيد الطباطبائي في تعليقته ونحن نذكر ما ذكره الشيخ بايضاح:

١ـ إنّ قوله: «فذلك رضاً منه» جملة إنشائية جزائية، بمعنى أنّ إحداث الحدث في الحيوان بمنزلة الرضا تعبّداً، سواء أكان في الواقع التزام بالبيع أم لا، والـ (فاء) فيه فاءُ جزاءٍ، والجملة جزاء للشرط، و قد عطف عليه قوله: «فلا شرط» والمعنى: إن أحدث المشتري في الحيوان حدثاً فهذا محكوم في الشرع بالالتزام بالبيع وبالرضا تعبّداً ولا خيار له عندئذ.

٢ـ إنّ قوله: «فذلك رضاً ...» جملة انشائية تعليلية والـ (فاء) المصدر بها فاء تعليل للجزاء الوارد بعده أعني «فلا شرط» جيئ به لبيان علّة الجزاء، وللتوطئة والتمهيد حتى يقع الجزاء مورداً للقبول. والمعنى: إن أحدث المشتري في الحيوان حدثاً ـ فلأجل أنّه رضا تعبّدي ومحكوم في الشرع بالالتزام ـ فلا شرط ولا خيار.

و على هذين الاحتمالين يكون كل تصرّف مسقطاً للخيار، لأنّ الشارع يتلقّاه من المشتري التزاماً بالبيع ورضاً منه به، سواء أكان التصرّف كاشفاً عن الرضا النوعي أو الفعلي أم لا.

ولا يخفى بعد الاحتمالين، لأنّ التعليلات الشرعية أو ما في منزلتها، تجب أن تكون أُموراً حسّية يفهمها الناس، أو أُموراً فطرية يدركها المكلّفون بفطرتهم ووجدانهم، حتى التعليل الوارد في الاستصحاب من قوله: في الصحيحة الأُولى لزرارة «ولا يُنقَض اليقين بالشك أبداً ...» وعليه يجب أن يعلّل سقوط الخيار بالتصرّف بشيء محسوس أو مفطور، وكون التصرّف رضاً تعبّدياً و إن لم يكن هناك رضاً فعلي ولا نوعي، لا يصلح للتعليل إذ هو أشبه بتعليل أمر تعبّدي، بأمر مثله.

٣ـ أن تكون الجملـة إخبارية من دون اعمال تعبد فيه وعلّـةً للجزاء، أعني: «فلا شرط» والمراد من الـرضا هو الـرضا النوعي، بمعنى أنّ التصرّف كـاشف عن الرضا غالباً ونوعاً، وفي الوقت نفسه تعليل للجزاء الوارد بعده، أعني: «فلا شرط» ومعنى الجملة أنّ التصرّف ــ بما أنّه يكشف عن الرضـا غالباً ونوعـاً ـ و إن لم يعلم الحال في المقام ـ يسقـط خياره ولا شرط، وعلى ذلك يدور الحكم مـدار ما يكشف عن الرضـا غالباً، لا عن الـرضا الشخصي الفعلي، وهو بما أنّه علّـة للحكم يكون مخصِّصاً ومُعَمِّماً.

أمّـا الأوّل: فلـو دلّت القـرائن على أنّ التصرّف لأجـل الاختبـار أو صـدر اشتباهاً بعين مملوكـة، فلا يكون مسقطاً لعدم دلالته مع القـرينة ـ على الاختبار أو الاشتباه ـ على الرضا فتخرج عن الضابطة .

وأمّـا الثاني: فكما أنّـه لـو صـدر منه فعـل ــ و إن لم يكن تصرّفـاً في المبيع ـ كاشف عن وجود الرضا غالبـاً يسقط خياره و إن لم يكن تصرّفاً، كالتعريض للبيع أو اشتراء اللباس والحذاء للأمة أو غير ذلك ممّا يدل نوعه على الرضا.

٤ـ تلـك الصورة بعـامة خصوصيـاتها، ولكن المنـاط كشف التصرف عن الرضا الفعلي سواء كان مثله كاشفاً عن الرضا نوعاً وغالباً أم لا، فالمناط هو ظهور رضاه الفعلي.

و لمّا كان المسقـط عند الشيخ مطلق التصرّف إلاّ مـا خرج مـن التصرّفات الجزئيـة، وقـد فسر الحدث بـه، التجأ إلى هـذه الاحتمالات، وبما أنّـك عـرفت أنّ المسقط هو التصرّف المغيّـر، وأنّ احراز الرضا الشخصي أمر مشكل و صعب، فلا يكون مناطاً للحكم، فيتعيّـن المعنى الثالث فيكون كلّ تصرّف مغيّـر، مسقطاً من غير فرق بين كونه علّة أو حكمة للحكم.

أمّا الأُولى: فلأنّ كلّ تصرّف مغيّر يكشف عن الرضا نوعاً ولا يتخلّف عنه، فليست العلّة أوسع من المعلول، ولا بالعكس.

وأمّا إذا جعل حكمة فالأمر أوضح إذ لا يدور الحكم مدارها، بل الملاك هو التصرّف المغيّر واطلاقه، كان هناك ما يكشف عن الرضا النوعي أم لا.

الفصل الرابع

خيار الشرط

- ☐ دليله.
- ☐ مبدأ خيار الشرط.
- ☐ جعل الخيار للأجنبي.
- ☐ اشتراط الاستيمار.
- ☐ بيع الخيار، صوره وأحكامه:

أ ـ صور المسألة.

ب ـ نصوص المسألة وأدلتها.

ج ـ أقسام رد الثمن.

د ـ في كيفية الفسخ.

هـ ـ مسقطات هذا الخيار.

و ـ سقوطه بالتصرّف.

ز ـ في نماء المبيع وحكم تلف العوضين.

ح ـ في الرد على المالك ووكيله والولي.

ط ـ في أقسام رد الثمن وحكمها.

ي ـ في جواز اشتراط الفسخ للمشتري.

ك ـ في جريان شرط الخيـار في العقود والايقاعات.

خيار الشرط [1]

والمراد منه: الخيار الثابت، بسبب اشتراطه في العقد، فإنّ الخيار تارة يكون أثر نفس العقد شرعاً كخيار المجلس والحيوان، وأُخرى يفرض على العقد من جانب المتبايعين، أو أحدهما، كما هو الحال في خيار الشرط، ويكفي في صحّة ذلك اطباق العقلاء عليه في معاملاتهم مع عدم ردعٍ من الشارع، وهذا كاف في اثبات الصحّة، قال الشيخ في عداد أقسام بيع الخيار [2]: الثالث: أن يشترطا في حال العقد مدّة معلومة، يكون لهما فيها الخيار ما شاءا من الزمان، ثلاثاً أو شهراً أو أكثر، فإنّه ينعقد العقد، ويكون لهما الخيار في تلك المدّة، إلاّ أن يوجباه بعد ذلك على أنفسهما.

وقال أبو حنيفة: لا تتجاوز المدة عن ثلاث، وعند مالك: ما تدعو الحاجة إليه ...... [3].

١ــ وهو غير خيار تخلّف الشرط الذي لم يبحث عنه الشيخ الأعظم هنا وإن بحث عن الشروط وأحكامها بعد انهاء البحث عن أقسام الخيارات واستغنى به عن البحث هنا.

٢ـ المراد منه كل بيع يثبت فيه الخيار فيعم خيار المجلس كما هو صريح كلامه.

٣ـ الخلاف: ٣/ ٩ المسألة ٧.

وقال المحقّق: إنّ خيار الشرط بحسب ما يشترطانه أو أحدهما، وقال في الجواهر في تفسيره: لا يتقدّر بمدّة مخصوصة خلافاً للشافعي وأبي حنيفة.

فقد استدل عليه بالأخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط إلاّ ما خالف كتاب الله وسنّة رسوله [١]، كما استدل بالأخبار الخاصة الواردة في بعض أفراد المسألة:

١ـ روى عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ في حديث قال: وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة، فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع [٢].

٢ـ روى السكوني عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ: أنّ أمير المؤمنين ـ عليه السلام ـ قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: لِيَشهد أنّه قد رضيه فاستوجبه، ثمّ ليبعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه [٣].

وفي الرواية دلالة أيضاً على ما مضى من أنّ كلّ فعل حاك عن الرضا والالتزام بالبيع، مسقط للخيار وإن لم يكن تصرّفاً في المبيع.

٣ـ وتدل عليه الأخبار الواردة في فسخ البيع برد الثمن، وسيوافيك في محلّه.

كل ذلك يعرب عن أنّ جعل الخيار بالشرط مطابق للقاعدة.

١ـ لاحظ: الوسائل: ج١٢ الباب ٦، من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤ و٥.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢، و أورده أيضاً في الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ وقد جاء في صدره خيار الحيوان.

٣ـ المصدر نفسه: الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١.

ثمّ إنّ صاحب المستند زعم أنّه مخالف للكتاب والسنّة، أمّا الكتاب، فقوله سبحانه: ﴿**أَوفوا بالعقود**﴾ فإنّ الخيار بمعنى عدم وجوب الوفاء في المدّة المضروبة، يضاد مفاد الآية. وأمّا السنّة فقوله ﷺ: «فإذا افترقا وجب البيع» فإنّ جعل الخيار بمعنى عدم لزومه بعد الافتراق ما دامت المدّة غير منقضية، وأين هو من قوله ﷺ: «فإذا افترقا وجب البيع» ثمّ إنّه التجأ في التصحيح إلى الطائفة الثانية من الروايات وجعلها مخصّصة للطائفة الأُولى [1].

يلاحظ عليه: أنّ معنى ﴿**أَوفوا بالعقود**﴾ : أوفوا بالعقد الذي عقدتم وبالانشاء الذي أنشأتم، فإن كان لازماً فلازم، وإن كان جائزاً فجائز، فلا يستفاد منه شيء فوق ما تراضى عليه المتعاقدان، فإذا تراضيا على البيع مع الخيار عشرة أيام، وجب الوفاء بهذا المنشأ على ما هو عليه. وأمّا النبوي فمعناه: أنّ الافتراق بما هو هو ملزم، ولكنّه لا ينافي أن يكون هناك طارئ آخر موجب لكون البيع جائزاً كخياري العيب والغبن، خصوصاً على القول بكون مبدأ الخيار في العيب هو العقد.

وأعجب منه أنّه لمّا وقف على أنّ خيار الشرط نافذ بالاتّفاق. ذهب إلى كون أدلّته مخصّصة لما دلّ على عدم جواز مخالف الكتاب والسنّة.

وجه العجب، أنّ عموم ما دلّ على عدم نفوذ الشرط المخالف آبٍ عن التخصيص. إذ كيف يمكن تسويغ ما خالف الكتاب والسنّة واضفاء المشروعية عليه، فلا مناص عن جعل بيع الخيار خارجاً عن الآية بالتخصّص على ما عرفت.

١ـ المستند: ج١/ ٢٨.

لا فرق بين المدّة المتّصلة أو المنفصلة عن العقد:

لا فرق بين كون زمـان الخيار متّصلاً بالعقد أو منفصلاً عنـه، لاطلاق أدلّة الشرط. و صيرورة العقد بعد لزومه جائزاً لا يكـون مانعاً من صحّة الاشتراط بعد اطـلاق الأدلّة، وليس هـو في حد نفسـه محذوراً بعد وجـوده في الخيارات كخيـار التأخير، وقـد تقدم أنّ الخيـار و إن كـان أمراً واحـداً لكنّه قـابل للتقطيـع حسب الأزمنة، ويكفي اثباته في جزء من الزمان دون جزء.

لزوم كون المدّة مضبوطة:

قال المحقق: يجب أن يكون (ما يشترطانه من مدّة الخيار) مدّة مضبوطة ولا يجوز أن ينـاط بما يحتمل الـزيـادة والنقصـان، كقدوم الحاج، ومثلـه أوان الحصـاد والدياس.

و يمكن الاستدلال عليه بوجهين:

١ـ دلّ الدليـل على اعتبار العلم بالعوضين في البيـع، فيكون الجهل بهما أو بأحـدهما و إن كـان طفيفـاً، مانعـاً عن الصحّـة، والشرط مطلقـاً راجع إلى أحـد العوضين، فالجهل به جهل بهما، فيبطل، لاشتراط العلـم، وهذا الدليل أحسن ممّا سيوافيك مـن الدليل الثاني، لأنّ السابـر في الروايات وفتـاوى القوم يقف على أنّ الجهل بهما غير مغتفـر إلاّ إذا كـان على وجه لا يعبـأ به عـرفـاً، ولا يتلقّاه العـرف جهلاً، و إن كان يُعدّ جهلاً بهما عقلاً.

٢ـ صيرورة المعاملـة بذلـك غرريـة، كما أفاده الشيـخ واعتمد عليـه دون

الدليـل الأوّل معلّلاً بأنّ الشرط قيـد للمعاملة وبمنـزلة الجزء من أحـد العوضين، فتصير المعاملة غررية يشملها نهي النبي الأكرم ﷺ عن بيع الغرر [١].

يلاحظ عليه: أنّ الاستدلال بالنبوي يتوقّف على فهم معنى الغرر في اللغة، والمتحصّل من المعاجم أنّه يستعمل تارة في معنى الخطر، وأُخرى في معنى الخدعة، وإليك نصوصهم:

١ـ قال الخليل في كتاب «العين»: الغِرُّ: الذي لم يُجرِّب الأُمور مع حداثة السن، والمؤمن غِرّ كريم، والغرر كالخطر، وغرَّر بماله أي حمله على الخطر [٢].

وقال الجوهري: نهى رسول الله عن بيع الغرر، وفسّر بما يكون له ظاهر يغرّ المشتري، وباطن مجهول مثل بيع السمك بالماء، والطير في الهواء، وقريب منه في مجمع البحرين للطريحي.

وقال ابن منظور: الغرر: الخطر، ونهى رسول الله عن بيع الغرر، ومثّل له بالبيع في الماء، وبيع الغرر المنهى عنه، ما كان له ظاهر يُغرُّ المشتري وباطن مجهول. يقال: إياك وبيعَ الغرر. ويدخل في بيع الغرر البيوع المجهولة التي لا يحيط بكنهها المتبايعان، حتى تكون معلومة.

هذه كلمات أئمّة اللغة وهي تعرب عن أنّه لا يتجاوز عن معنيين، بل معنى واحد بارجاع أحدهما إلى الآخر وهما عبارتان عن الخطر والخدعة، ولعلّ معناه هو الثاني، والخطر ملازم للخدعة.

١ـ الوسائل: ١٣/ ٣٣٠ الباب ٤٠، من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣: نهى رسول الله عن بيع المضطرّ وعن بيع الغرر.

٢ـ العين: ج ٤ ص ٣٤٦.

وعلى كل تقدير فالبيع المنهى عنه إمّا هو البيع الذي كان هناك فيه تغرير من أحد المتبايعين على الآخر، أو البيع المخطور الذي لا يعلم كنهه ولا يقدم عليه العاقل وقد عرفت مثاله، أعني: بيع السمك والطير با لماء والهواء.

وعلى ضوء هذا: إذا كان هناك خيار غير منضبط على وجه الدقة كالخيار إلى قدوم الحاج أو إلى الحصاد والدياس، لا يصدق عليه بيع الغرر بمعنى البيع الذي فيه اغترار، كما هو المفروض، ولا الخطر، إذ ليس فيه خطر لأنّ الجهل بمقدار الخيار وأنّه هل هو شهر أو أزيد منه بعشرة أيام، لا يعدّ ركوباً للأمر المخطور، والبيع الخطري إنّما يصدق على البيع المحاباتي كما إذا اشترى صُبرة من الحنطة وهي مردّدة بين كونه ألف كيلو غرام أو ألفين، وأمّا الآجال المردّدة بين شهر أو أربعين يوماً فلا يدخل في البيع المخطور غالباً، وكونه كذلك نادراً لا يكون دليلاً على الغالب.

ويؤيّد ذلك ما رواه الصدوق في معاني الأخبار بسنده عن النبي الأكرم: أنّه نهى عن المجر وهو أن يباع البعير أو غيره ممّا «بما» في بطن الناقة، ونهى عن الملاقيح والمضامين، فالملاقيح: ما في البطون وهي الأجنّة، والمضامين: ما في أصلاب الفحول. وكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة وما يضرب الفحل في عامه وفي أعوام، ونهى عن بيع حبل الحبلة، ومعناه: ولد ذلك الجنين الذي في بطن الناقة أو هو نتاج النتاج، وذلك غرر [1].

وبذلك يعلم أنّ الاستدلال ببيع الغرر في كلمات القوم، في كثير من الموارد في غير محلّه، لأنّهم ربّما يستدلّون به في نفي البيع الضرري أو في البيع المجهول على

١ ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٠ من أبواب عقد البيع، الحديث ٢.

وجـه الاطلاق مـع أنّهما ليسـا بمتلازمين للخطـر على وجـه الاطـلاق، فلابـدّ في الاستدلال من احراز أحد الأمرين، وجود اغترار أو صدق الخطر عند العرف.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر استدلّ على بطلان البيع في المقام بقوله «قولاً واحداً للغرر حتى في الثمن لأنّ له قسطاً منه فيدخل فيما نهى النبي ﷺ فاشتراطه مخالف للسنّة، وما دلّ على وجوب اتباعها من الكتاب» [١].

وأورد عليه الشيـخ الأعظم: بأنّ كون البيع بـواسطة الشرط مخالفـاً للكتاب والسنّة، غير كـون نفس الشرط مخالفاً للكتـاب والسنّة، ففي الثـاني يفسد الشرط، ويتبعـه البيع، وفي الأوّل يفســد البيـع فيلغـوا الشرط، اللّهمّ إلاّ أن يـراد أنّ نفـس الالتزام بخيار في مدّة مجهولة غرر، وإن لم يكن بيعاً فيشمله دليل نفي الغرر، فيكون مخالفاً للكتـاب والسنّة. لكـن لا يخفى سراية الغـرر إلى البيع، فيكـون الاستناد في فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب، كالأكل من القفا [٢].

توضيحه: أنّه إن أراد أنّ اشتراط هذا الخيار، المجهولة مدّته، سبب الغرر في نفس البيع [٣]حيث إنّ له قسطـاً من الثمن، وجهالـة المدّة موجب لجهـالة الثمن فيشمله قـوله: «نهى النبي ﷺ عن بيـع الغرر» فـلا يصحّ أن يفـرع عليـه قولـه: فاشتراطه مخالف للسنّة ومـا دلّ على اتباعها من الكتاب [٤] فإنّ ظاهره أنّ نفس الاشتراط غرري، فهو خلـط بين كون البيع بواسطة الشرط غـرريّاً ونفس الاشتراط غرريّاً، فهو جمع بينهما في كلامه.

١ـ جواهر الكلام: ج٢٣ ص ٣٢.

٢ـ المتاجر: ص٢٢٨.

٣ـ يؤيده قوله: «للغرر حتى في الثمن ...».

٤ـ يريد وقوله سبحانه: ﴿ما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ (الحشر/ ٧).

وإن أراد أنّ نفس الشرط غرريّ لأجل الجهالة في مدّته، فيدخل ذاك الشرط الغرري تحت قوله: «نهى النبي ﷺ عن الغرر» الذي رواه البيهقي في سننه [١] ففيه مضافاً إلى أنّه مناف لقوله «حتى في الثمن لأنّ له قسطاً» يرد عليه أنّ العدول عن الاستدلال على فساد البيع بكونه غررياً، إلى الاستدلال على فساده لأجل كون ذاك الشرط غررياً فيه ـ مع عدم الحاجة إلى الواسطة ـ كالأكل من القفاء.

هذا توضيح مراد الشيخ الأعظم ولا يخفى قصور عبارته، ولكن الظاهر أنّ الاشكال غير متوجّه عليه لأنّ الظاهر أنّ مراده هو القسم الأوّل بشهادة قوله للغرر حتى في الثمن. والاعتماد على كون الشرط مخالفاً للسنّة، ليس بلحاظ نفسه حتى يرجع إلى القسم الثاني بل لأجل كونه سبباً لسريان الغرر إلى الثمن وبالتالي إلى نفس البيع فيكون نفس البيع غررياً.

أقسام المدة المجهولة:

لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدّة المجهولة كقدوم الحاج، وعدم ذكر المدة أصلاً، كأن يقول: بعتك على أن يكون لي الخيار، وبين ذكر المطلقة كأن يقول: بعتك على أن يكون لي الخيار مدّة، لاستواء الكل في الجهل على ما قلناه أو لاستواء الكل في الغرر على مذهب الشيخ الأنصاري.

هذا هو مقتضى القاعدة. إنّما الكلام فيما ذكره الشيخ في الخلاف.

قال الشيخ: من ابتاع شيئاً بشرط الخيار ولم يسمّ وقتاً ولا أجلاً بل أطلقه، كان له الخيار ثلاثة أيام ولا خيار له بعد ذلك ـ إلى أن قال ـ: دليلنا اجماع الفرقة

١ ـ سنن البيهقي: ج٥/ ٣٣٨.

وأخبارهم [١].

وظاهره وجود أخبار في المسألة مع أنّه لم توجد أخبار بهذا المضمون في رواياتنا.

ولأجل ذلك أوّله العلاّمة بارادة خيار الحيوان، ويحتمل أنّ الشيخ استند إلى روايات تأخير الثمن، إلى غير ذلك من المحتملات، وعلى كلّ تقدير فمقتضى الضابطة هو البطلان.

وربّما يحتمل بطلان الشرط دون العقد مستنداً إلى أنّ الشرط الفاسد غير مفسد للعقد وهو غير تام، لأنّ البحث عن افساد الشرط الفاسد وعدمه، بحث حيثي، يتمحّض في كون الشرط الفاسد بما هو هو ـ مع قطع النظر عن العناوين الأُخر، هل هو مفسد أو لا؟ كما إذا جعل أمر الطلاق بيد المرأة وقد افترق فيها العلماء فرقتين، وهذا لا ينافي القول بالافساد إذا طرأ عليه عنوان آخر كالجهل بالعوضين فإنّه مفسد مطلقاً، ومثله ما إذا كان ملازماً لطروء التناقض على مفاد العقد، كالشرط المخالف لمقتضى العقد فهو مفسد قطعاً، كما إذا باع وشرط أن لا ينتفع بالمبيع، وعلى الجملة فالبحث في الافساد وعدمه يتمحّض في نفس هذا الموضوع لا ما إذا استلزم فساداً آخر كالجهل بالعوضين، أو طروء التناقض في الانشاء فهو مبطل قطعاً.

١ـ الخلاف: ج٣ ص٢٠ ، كتاب البيوع، المسألة ٢٥. وقد ذكر شيخنا المعلق، روايات زعم أنّها مصادر لفتوى الشيخ والكل أجنبيّ عنها، فهي راجعة إمّا إلى خيار التأخير، أو إلى خيار الحيوان.

مبدأ خيار الشرط:

مبدأ خيار الشرط هل هو حين العقد، أو حين التفرّق؟ وقد مضى نظير هذا البحث في خيار الحيوان لكن خيار الحيوان لما كان بجعل الشارع، يجب أن يُتَّبع في تعيين المبدأ لسانُ الدليل، وأمّا خيار الشرط فهو بجعل المتعاقدين، فيجب أن يتّبع ما هو المتبادر من ظاهر كلامهما.

ذهب الشيخ الطوسي إلى أنّ كون المبدأ هو تفرّق الأبدان وقال:

«مدّة خيار الشرط من حين التفرّق بالأبدان لا من حين حصول العقد، وللشافعي فيه وجهان: أحدهما: مثل ما قلناه، والثاني: أنّه من حين العقد. ثم استدلّ: بأنّ الخيار يثبت بعد ثبوت العقد، والعقد لا يثبت إلاّ بعد التفرّق، فوجب أن يكون الخيار ثابتاً من ذلك الوقت [١] وإلى هذا الوجه يشير الحلّي في سرائره بقوله: إنّ المتبادر من جعل الخيار، جعله في زمان لولا الخيار لزم العقد [٢].

ماذا يريد من قوله «ثبوت العقد» فإن أراد حصول الملكية للمشتري، فهي حاصلة قبل التفرّق وإن أراد كون العقد لازماً غير متزلزل، فلازمه عدم جواز اجتماع خيارين في زمان واحد، مع أنّه ممكن وواقع، من غير فرق بين كونهما شرعيين أو جعليين، أو مختلفين. ومن أوضح مصاديق الجمع، اجتماع خياري العيب والغبن.

واختار الشيخ الأعظم أنّ المبدأ هو حين العقد، مستدلاً بأنّه المتبادر من

١ـ الخلاف ج٣ ص٣٣ المسألة ٤٤ من كتاب البيوع.

٢ـ السرائر: ١/ ٢٤٧ والموجود في المتن منقول بالمعنى.

الاطلاق أوّلاً، وأنّــه لو كــان المبدأ حين التفــرّق بطل لأدائه إلى جهــالة مــدّة الخيار ثانياً.

يلاحـظ على الوجه الأوّل: أنّــه إنّما يتم إذا كــان الخيار المجعول أطـول من الخيار الموجود كما إذا اشترط في بيع الحيوان أن يكون له خيار عشرة أيام، والغرض من الاشتراط جعل مدة التروّي أكثر. وأمّا إذا كان المجعول مساوياً مع الموجود أو أقلّ منـه، فالمتبـادر منه أو منصرفـه، كونـه ذا خيار عنـد انقضاء الخيـار الموجود، صيانة لفعله عن اللغوية، ولعل ما نقلناه عن الحلّـي، ناظر إلى هذه الصورة لا فيما إذا كان زمان الخيار المشروط أطول من الأوّل، كما عرفت.

كما أنّه يلاحظ على الوجه الثاني: بأنّه إنّما يلزم إذا لم يكن زمان الخيار، محدّداً بالأيام كما إذا قال: بعتك بشرط أن يكون لي الخيار من حين التفرّق إلى يوم الجمعة، فحيث إنّ زمان التفـرّق غير معلوم تكون مدّة الخيـار مجهولة، وأمّـا إذا قال: بعتك بشرط أن يكون لي الخيار من حين التفرّق إلى ثلاثة أيام، فالمجهول عندئذ، إنّما هو وقت الخيار لا مدّته ومقداره.

وعلى كل تقدير، فالمتّبع ظاهر كلام المتعاقدين إذا لم يمنع عن أخذه مانع.

جعل الخيار للأجنبي:

ومن أقسام هذا الخيار جعل الخيار لغير المتعاقدين، كما لو باع المتاع وشرط الخيار لفرد آخـر، قال الشيخ في الخلاف: «إذا باع عينـاً بشرط الخيار لأجنبي صحّ ذلك» وقال محمد في الجامع الصغير: قال أبوحنيفة: «لو قال: بعتك على أنّ الخيار لفلان، كان الخيار لـه ولفلان». وقال أبو العباس: جملة الفقه في هـذا أنّه إذا باعه وشرط الخيار لفـلان، نظرتْ فإن جعل فلانـاً وكيلاً له في الامضاء والـردّ صحّ قولاً

واحداً. و إن أطلق الخيـار لفلان أو قال: لفلان دوني، فعلى قـولين: أحدهما يصحّ على ما شرط، والثاني لا يصحّ وهو اختيـار المزني، ثمّ استدلّ الشيخ على ما اختاره بالعمومات الدالّـة على أنّ المؤمنين عند شروطهم وأنّ كل شرط لا يخالف الكتاب والسنّة فإنّه جائز[١].

وهذه الأقوال تعرب عن أنّ موضوع المسألة لم يكن مشخّصاً فإنّ الظاهر أنَّ جعل الخيـار للأجنبي نحـو جعله لنفسـه أو لصاحبه لا وكيـلاً عن نفسـه، وعند ذلك يسقط ما ذكـره محمد الشيباني في الجامع الصغير من أنّه لـو قال: بعتك على أنّ الخيار لفـلان، كان الخيار له ولفـلان «لأنّه مبنيّ على كـون الأجنبي وكيلاً، ولا معنى لوكالة الأجنبي بدون ثبوت الخيار للموكل».

فلأجل ذلك حمل العبارة الظاهرة في انحصار الخيار في الأجنبي، على ثبوته للمالك و الأجنبي، وقال: إنّه يثبت لكليهما أخذاً بمفـاد الوكالة، كما يسقط الشق الأوّل من كلام أبي العبـاس من حديث الوكالـة، فالكلام مركّـز على جعل الخيار للأجنبي فقط، فهل يصحّ كما اختاره الشيخ أو لا يصحّ كما هو اختيار المزني؟

فالحق هـو الصحة لعمـوم الأدلة وضعف مـا يتوهّم كـونه مخالفـاً للكتاب والسنّة لأنّ ما يتوهّم عبارة عمّـا يلي:

انّ الخيار سواء تعلّق بالعين الذي يعبّـر عنـه بالتّرادّ، أو بالعقد المعبّـر عنه بـ «حق فسخ العقد» عبارة عن الرد في ملك الفاسخ بالفسخ أو بالتراد، فالفاسخ إمّا أن يكون مالكاً أو نائباً عنه وهذا الشرط مفقود في المقام.

يلاحـظ عليه: أنّه لا دليـل على اختصاص الفسخ بأحـد المتعاقـدين، بل

١ـ الخلاف: ج٣ ص ٣٥ ـ كتاب البيوع، المسألة ٤٨.

الملاك أن يكون للفاسخ حق في العقد ، كما في المقام، أو في العين، كما في المرتهن بالنسبة إلى العين المرهونة إذاباعهاالراهن، ونظيره ارث الزوجة للخيار مع عدم ارثها من العين، فيما إذا باع الزوج داره مع الخيار ومات في أثناء المدّة فالزوجة ترث الخيار، وتفسخ و إن لم يكن الرد في ملك الفاسخ.

ثمّ إنّه هل يسقط خيار الأجنبي باسقاط الشارط أو لا؟ الظاهر لا، لما عرفت من أنّه ليس من باب الوكالة بل اثبات حق بعقد لازم للأجنبي، فلا يسقط إلاّ باسقاطه، وكون خيار الأجنبي حقّاً للمشروط له (ممنوع) وإنّما هو لصالح المشروط له وهو غرض وحكمة للجعل وليس محدِّداً لاطلاق الخيار، فله الأخذ بالخيار من دون مراعاة مصلحة الشارط.

ثمّ إنّه لو جعل الخيار لمتعدّد، فإن كان المجعول خياراً واحداً لأشخاص متعدّدين، فلا اشكال في عدم نفوذ الفسخ والامضاء إلاّ مع اجتماعهم عليه.

وأمّا لو جعل الخيار لكل واحد مستقلاّ، فلكلٍّ حق الفسخ، ولو فسخ واحد منهم انفسخ. إنّما الكلام إذا أمضى واحد منهم، فهل يبقى مجال لفسخ الآخر أو لا؟ قال الشيخ: يقدّم الفاسخ لأنّ مرجع الاجازة إلى اسقاط خيار المجيز خاصة.

ولكنّه مبنيّ على تفسير الخيار الثابت لكلّ واحد، بملك فسخ العقد فقط، وأمّا لو قلنا بأنّ الخيار عبارة عن ملك فسخ العقد وابرامه، فلا وجه لتقديم الفاسخ على المجيز إذا تقدّمت الاجازة، لأنّه باجازته قد أبرم العقد، وأحكمه، فخرج عن كونه في معرض التزلزل، نعم لو تقارن الفسخ والابرام لم يؤثّر شيء منهما، أو قلنا بأنّ الخيار عبارة عن ملك الفسخ يصحّ ما ذكره الشيخ كما لا يخفى.

اشتراط الاستيمار:

الاستيمار مصدر باب الاستفعال من «أمر» بمعنى الاستشارة، وربّما يطلق عليه المؤامرة ويراد منها المشاورة خلافاً لما هو الرائج اليوم في استعمالها فإنّها تطلق على المواطاة ومثله الائتمار . قال سبحانه: ﴿إِنَّ المَلأَ يَأْتَمِرُونَ بِكَ لِيقتلوكَ فَاخرُجْ إنّي لَكَ منَ النّاصِحِينَ﴾ (القصص/ ٢٠) . قال في مجمع البيان: الائتمار التشاور والارتياد، يقال: ائتمر القوم وارتأوا بمعناه. قال النمر بن تولب:

أرى الناسَ قد أحدثوا شيمةً وفي كلّ حادثة يؤتَمَرُ

وقال سبحانه: ﴿وأْتَمروا بينكُمْ بِمعروف﴾ (الطلاق/ ٦) أي وتشاوروا بينكم.

وأمّا تفسير الاستيمار بمعنى طلب الأمر والبعث، فغير صحيح في المقام، وعلى كلّ تقدير فقد يشترط البائع على المشتري أو بالعكس، أن يستشير الأجنبي في أمر العقد، فلا يصدر إلاّ عن رأيه في مجالي التنفيذ والردّ، وهو يتصوّر على وجهين:

١ـ إذا ورد الشرط على الخيار الثابت بجعل الشارع كخياري المجلس والحيوان، أو بجعل المتعاقدين كما في المقام، وكان معناه أنّ صاحب الخيار لا يصدر في الأخذ بالخيار، واعماله إلاّ عن رأي المشير، وبما أنّ هذا الشرط غير مخالف للكتاب والسنّة يرجع النزاع فيه إلى أنّ الاشتراط هل يسلب عنه حقّ التنفيذ أو الرد قبل الاستيمار أو لا ؟ وعلى فرض الاستيمار هل تجوز له المخالفة أو لا ؟

٢ـ إذا علّق نفس الخيار على الاستيمار بمعنى أنّه لا يثبت له الخيار إلاّ بعد

الاستشارة، وصدور الاشارة منه إلى واحد من الردّ والتنفيذ، وهذا لا يتمّ في خياري المجلس والحيوان، لأنّهما مجعولان بجعل الشارع، شرطا أم لم يشترطا، وتعليق حدوثهما على الاستيمار يخالف السنّة فلا مناص عن تخصيصه بغيرهما.

والظاهر أنّ مورد البحث هو الصورة الأُولى. قال الشيخ في الخلاف:

«إذا باعه بشرط أن يستأمر فلاناً، فليس له الردّ حتى يستأمره» وللشافعي فيه وجهان: أحدهما هو ظاهر المذهب مثل ما قلناه، والثاني: له الردّ من غير استيمار، دليلنا ما قلناه في المسألة الأُولى لأنّ الأخبار على عمومها [1].

وقال العلاّمة في التحرير بجواز الردّ قبل الاستيمار مستدلاً بأنّه ذكره احتياطاً [2].

وجه الاستظهار أنّ الحكم بجواز الردّ قبل الاستيمار من العلاّمة، لا يتم إلاّ بعد أن يكون الخيار مفروغاً عنه و إلاّ فلو كان أصل الخيار مشروطاً به، لا يصحّ لأيّ فقيه أن يحتمل جواز الردّ، إذ لا مشروط (الخيار) قبل شرطه حتى ينازع في جواز الانتفاع به.

إذا عرفت ذلك فنقول: أمّا القسم الأوّل فله أقسام:

ألف ـ هل يجوز له التنفيد أو الردّ قبل الاستيمار، والمراد من الجواز هو الجواز الوضعي بمعنى نفوذهما، لا الحكم التكليفي إذ هو معلوم لا يحتاج إلى بيان. فالظاهر نفوذهما، لأنّه ذو خيار، وقد انتفع بخياره، والمفروض أنّ الاستيمار ليس شرط الخيار غاية الأمر أنّه تخلّف عن الشرط الذي التزم به حيث التزم على نفسه أنّه لا ينتفع منه إلاّ بعد الاستشارة فلم يعمل بشرطه، فللطرف الآخر خيار تخلّف الشرط إذا نَفَّذَ العقد، لا ما إذا فسخه، لبقاء الموضوع في الأوّل دون الثاني، إذ يصحّ

١ـ الخلاف: ج٣ ص ٣٧ المسألة ٥٠.

٢ـ التحرير: ١٦٦.

للمشروط له الفسخ بعد تنفيذه بحجّة أنّه تخلّف عن الشرط، ولا يصحّ له التنفيذ إذا فسخ، لارتفاع الموضوع. اللّهمّ إلاّ أن يقال بعدم العبرة بتنفيذه وفسخه بعد اشتراطهما بالاستيمار.

ب ـ إذا استأمره وصدر عن رأيه تنفيذاً و فسخاً فلا اشكال في الصحّة.

ج ـ إذا استشار وأمره بالتنفيذ، فخالف ففسخ، يكون الفسخ نافذاً، غاية الأمر تخلّف عن شرطه. وما في الجواهر «من لزوم العقد بامضاء المستأمر وسكوته إذا كان المراد منها اشتراط الخيار له بأمره لانتفاء المشروط حينئذ بانتفاء شرطه»[1]، فإنّما يناسب الصورة الثانية لا الأُولى، إذ الخيار فيها مشروط دون الأُولى، وفي كلامه خلط بين الصورتين كغيره ولا يمكن جبره عندئذ بشيء إلاّ بالتصالح، وتنازل المشروط عليه عن حقّه في مقابل شيء وإلاّ فلا معنى لتنفيذ العقد بعد الفسخ بحجّة أنّ له خيار تخلّف الشرط.

وما ذكره الشيخ في هذه الصورة بقوله: «فإن أمره بالاجازة لم يكن له الفسخ قطعاً، إذ الغرض من الشرط ليس مجرّد الاستيمار، بل الالتزام بأمره» صحيح إن أراد منه الجواز التكليفي وأمّا إن أراد منه الجواز الوضعي فغير صحيح، لأنّ له حقّ الخيار على وجه الاطلاق وقد انتفع بحقّه على خلاف شرطه، فهو عاص في عمله وإن كان فسخه نافذاً. إلاّ أن يقال بعدم العبرة بفسخه، لكونه محدداً بصدوره عن رأي الغير.

د ـ إذا استشار فأمره بالفسخ يجب عليه العمل بقول المشير، فلو امتنع فللمشروط له خيار تخلّف الشرط، فيجوز له الفسخ بحجّة التخلّف.

ثمّ إنّ الشيخ قد اختار في المقام (بخلاف صورة الأمر بالاجازة) «أنّه لا يجب عليه الفسخ تبعاً (لصاحب الجواهر)»[2] بل غاية الأمر أنّه يملك الفسخ

---

١ و ٢ ـ الجواهر: ٢٣/ ٣٥ قال: أمّا لو أمر بالفسخ فلا يتعيّن عليه امتثال أمره به قطعاً كغيره.

حينئذ، إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه، أمّا مع عدم رضا الآخر بالفسخ فواضح، إذ المفروض أنّ الثالث لا سلطنة له على الفسخ، والمتعاقدان لا يريدانه، وأمّا مع طلب الآخر للفسخ فلأنّ وجوب الفسخ حينئذ على المستأمِر (بالكسر) راجع إلى حقّ لصاحبه عليه، فإن اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه عرفاً، فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ، فيرجع اشتراط الاستيمار إلى شرط لكل منهما على صاحبه»[١].

ولا يخفى عدم صحّة التفريق بين صورتي الاجازة والفسخ، فلو وجب الامتثال في الأُولى وجب في الثانية، وليس معنى الاستشارة في المقام مجرّد ملك الفسخ، بل ما ذكره في صورة الاجازة من الالتزام بأمره، فلذا يجب عليه الفسخ إذا أمر به.

وأمّا ذكره في آخر كلامه من أنّ وجوب الفسخ عليه يرجع إلى شرط لكلٍّ منهما على صاحبه فغير تام، بل الشرط هنا لواحد منهما على الآخر، غير أنّ المشروط عليه لما لم يقم بواجبه (الفسخ بعد الاستشارة) كان للمشروط له فسخ العقد بحجّة التخلّف عن الشرط.

هذا كلّه في الصورة الأُولى، وأمّا الصورة الثانية فحكم الموارد واحد، إلاّ المورد الأوّل فليس له التنفيذ أو الردّ قبل الاستيمار، لأنّ المفروض عدم ثبوت الخيار له إلاّ بعد الاستيمار فكيف ينتفع بخيار لا وجود له، وأمّا بقية الموارد فالحكم فيها واحد.

نعم ربّما يقال: إنّ صحّة الصورة الثانية بعامة شقوقها مبنيّة على صحة التعليق في الانشاء أي تعليق الخيار على الاستشارة، والتعليق في الانشاء باطل

١ـ المتاجر، قسم الخيارات: ص ٢٢٩ طبعة تبريز.

فيجب أن يكون منجزاً كالصورة الأُولى.

والظاهر أنّ المقام من قبيل التعليق في المنشأ، ولا دليل على البطلان فيه سوى الاجماع، ويمكن أن يكون دليل المجمعين في استنادهم في البطلان إلى الدليل العقلي المتوهّم في المقام، فالحقّ صحّة هذه التعليقات إلاّ ما قام الدليل على بطلانه نقلاً كالطلاق.

بيع الخيار:

من أفراد خيار الشرط، الخيار الذي يضاف إليه البيع، ويقال له «بيع الخيار» أي البيع الذي فيه الخيار، والمقصود منه في مصطلح الإمامية أن يشترط البائع على المشتري أنّ له استرجاع المبيع بردّ الثمن في مدّة مضبوطة. ومورد النصوص هو اشتراط البائع، ولو كانت المسألة موافقة للقاعدة يصحّ العكس أيضاً، أي اشتراط المشتري استرداد الثمن بردّ المبيع في مدّة معلومة، ولكن الغالب هو الأوّل.

ومن مصالح تشريع هذا النوع من البيع صدّ الناس عن أكل الربا، حيث إنّه ربّما تمسّ الحاجة إلى النقود ولا تتحصّل إلاّ بالربا، فيبيع داره جداً بثمنه الواقعي أو أقل منه كما هو الغالب حتى ينتفع هو بثمنها، والمشتري بالمبيع بالاسكان والايجار، ولكنّه ربّما لا يريد أن يقطع علقته تماماً عن المبيع، لأنّه ربّما يحتاج إليه في المستقبل خصوصاً مع شيوع أزمة السكن فيشترط على المشتري أنّ له استرجاع المثمن برد الثمن في مدّة مضبوطة. وهذا ما يسمّيه فقهاء أهل السنّة ببيع الوفاء ولهم فيه دويّ.

قال الشيخ في الخلاف: يجوز عندنا البيع بشرط، مثل أن يقول: بعتك إلى

شهر، فإن رددت عليّ الثمن، وإلاّ كان المبيع لي. فإن ردّ عليه، وجب عليه ردّ الملك، وإن جازت المدّة ملك بالعقد الأوّل، وقال جميع الفقهاء: إنّ ذلك باطل يبطل به العقد. ثمّ استدل بعمومات الشروط وقال: وعلى من ادّعى المنع منه الدلالة [1].

وقال المحقق: «ويجوز اشتراط أن يرد البائع فيها بالثمن ويرتجع بالمبيع إن شاء».

إنّ الداعي إلى عنوان هذا القسم مستقلاً مضافاً إلى وجود الخلاف بيننا وبين غيرنا في صحّة هذا القسم، هو أنّه يتميّز عن مطلق خيار الشرط بأُمور:

١ـ اشتراط ردّ الثمن في الفسخ كما يجيئ أقسامه.

٢ـ إنّ التصرّف في الثمن في غيره موجب لانتفاء الخيار، بخلاف هذا القسم لأنّه شرّع لانتفاع البائع بالثمن والمشتري بالمبيع، فلو سقط به لزمت لغوية المعاملة إلاّ إذا اشترط ردّ العين كما سيوافيك.

٣ـ إنّ العقد ومتعلّقه، أعني: الخيار في خيار الشرط، مطلقان غير معلّقين، بخلاف هذا القسم، فإنّ الخيار فيه معلّق في بعض الصور الرائجة، وإن لم يكن العقد معلّقاً، فلو قلنا بابطال التعليق مطلقاً، سواء كان في نفس المعاملة أو في توابعه أعني الخيار، يجب القول بالبطلان في المقام حسب الضابطة إلاّ إذا دلّ الدليل على صحّة هذا النوع من التعليق و هذه الوجوه هي السبب لعنوان البحث مستقلاً، وتحقيق الحال يتوقّف على الكلام في أُمور:

١ـ الخلاف: ج٣، كتاب البيوع ص ١٩ المسألة ٢٢.

الأمر الأوّل: صور المسألة:

ذكر الشيخ للمسألة صوراً خمساً وأضاف إليه السيّد الطباطبائي ثلاث صور أُخرى وإليك بيان الجميع:

١ــ أن يكون ردّ الثمن في مدّة معيّنة كسنة قيداً للخيار، فلا خيار قبله، وتكون مدّة الخيار منفصلة عن العقد دائماً ففي أيّ زمان قام بالردّ في طول السنة كان له الخيار.

٢ـ أن يكون الخيار ثابتاً له من زمان العقد على وجه الاطلاق، إلاّ أنَّ ردّ الثمن يؤخذ قيداً للفسخ ، وسبب الخيار هو نفس العقد المشروط، لكن لا يفسخ إلاّ بعد ردّ الثمن.

٣ـ أن يكون ردّ الثمن فسخاً فعلياً ويتّحد هذا الوجه مع السابق في أنّ الخيار مطلق والفسخ مقيّد، غير أنّ الفسخ هناك بالقول والرد شرط له ولكن الفسخ هنا بنفس الرد، فلو قال أحد ببطلان شرط النتيجة أي حصول الفسخ عند الردّ بلا سبب قولي ولا فعلي، لم يتوجّه الاشكال على هذه الصورة لأنّ هنا سبباً فعلياً كالردّ وهو في الوقت نفسه شرط لتحقّق الفسخ الاعتباريّ، المنشأ بهذا العمل.

٤ــ أن يكون ردّ الثمن قيداً لانفساخ العقد، ويكفي في الانفساخ نفس اشتراطه في العقد بردّ الثمن، بلا حاجة إلى سبب خاص.

٥ـ أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري بأن يلتزم على نفسه أن يقيله إذا جاء بالثمن واستقال.

هذه هي الصور التي ذكرها الشيخ.

ويلاحظ على الصورة الأُولى بأمرين:

أوّلاً: أنّ زمان الخيـار فيه مجهول، لأنّ المفـروض أنّ الردّ قيـد للخيار، وبما أنّ زمان الردّ مجهول فيكـون زمان الخيار أيضاً مجهولاً، وإن كان مجمـوع الظرف الذي يجوز فيه الردّ مضبـوطاً كسنة إلاّ أنّه لا يكفي في الضبـط، بل يجب أن يعلم أنّه في أيّ زمان يقوم بالردّ ويحصل الخيار.

وثانياً: أنّ الفسخ معلّق على الـردّ، ولو قلنـا ببطلان التعليق حتى في تـوابع البيع تشكل الصحّة.

ويلاحظ على الصـورة الثانية أيضاً بمشكلـة التعليق حيث إنّ التسلّط على الفسخ معلّـق على ردّ الثمن، فلـو قلنا: بـأنّ التعليق مضرّ مطلقـاً حتى في تـوابع البيع، تشكل الصحّة.

وأمّا الصورة الثالثة فهي أظهر الصور وأبعدها عن الاشكال. وتشترك تلك الصورة مع ما تقـدمها أنّ الفسخ يحصل بسبب أمّا قـولي كما في الثانية أو فعليّ كما في الثالثة.

ويـلاحظ على الـرابعـة بـأنّ صحّتهـا مبنيـة على صحّـة شرط النتيجـة أي الانفساخ.

وأمّا الصورة الخامسة فيظهر الحال فيها ممّا ذكرنا.

والـذي يمكن أن يقـال: إنّه لا دليـل على بطـلان التعليق في جميع العقـود فضلاً عن توابعه إلاّ ما قام الدليل على لزوم تنجّزه كالنكاح والطلاق.

وأمّا شرط النتيجة فهو صحيح إلاّ ما قام الدليل على لزوم سبب خاص فيه

كالطلاق والنكاح، وأمّا في غير ذلك المورد، فالاشتراط كاف في تحقّق الفسخ والانفساخ كما أنّه كاف في تعيّن الموجود للصدقة .

نعم تبقى مشكلة الجهل في بعض الصور، و سيوافيك الحال في كونه مضرّاً أو لا.

وأمّا الصور التي أشار إليها السيد الطباطبائي فهي عبارة عن:

٦ـ اشتراط الخيار بردّ الثمن في رأس السنة، وهي نفس الصورة الأُولى غير أنّها ليس فيها جهل، للعلم بوقت الخيار وهو رأس السنة.

٧ـ اشتراط بيعه عليه إذا جاء بمقدار الثمن.

٨ـ أن يجعل له الخيار طول المدّة ولكن يشترط عليه أن لا يفسخ إلاّ بعد الردّ[1].

الأمر الثاني: نصوص المسألة وأدلّتها:

قد وردت في المسألة نصوص بين صحيح وموثق وضعيف، و إليك نقلها:

روى الكليني عن علي بن النعمان [2] عن سعيد بن يسار [3] قال: قلت لأبي عبد الله ـ عليه السلام ـ: إنّا نخالط أُناساً من أهل السواد وغيرهم، فنبيعهم ونربح

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ٢/ ٢٦، والوجه الثامن هو الوجه الثاني إلاّ أنهّما يفترقان في أنّ تحقّق الفسخ هنا بنفس الاشتراط دون الصورة التي ذكرها، فانّها لا تتحقّق إلاّ بالقول، وهو أيضاً غير الصورة الثالثة لأنّ الفسخ هناك فعلي.

٢ـ الأعلم النخعي. قال النجاشي: كان علي ثقة، وجهاً، ثبتاً، صحيحاً، واضح الطريقة، روى عنه ابن أبي الخطاب. الرجال: ٢/ ١٠٩ برقم ٧١٧.

٣ـ كوفي ثقة، روى عنه محمد بن أبي حمزة.

عليهم للعشرة اثني عشر والعشرة ثلاثة عشر، نؤخّـر (نوجب) ذلك فيما بيننا وبين السنة ونحـوها، ويكتب لنـا الرجل على داره أو على أرضـه بذلك المال الـذي فيه الفضل، الـذي أخذ منّـا شراءً قد بـاع وقبض الثمن منـه فنعده «فعنـدنا ــ يب. فبعده خ ل»، إن هو جـاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نردّ عليـه الشراء، فإن جاء الـوقت ولم يأتنـا بالـدراهم فهـو لنا فما تـرى في الشراء؟ فقال: أرى أنّـه لك إن لم يفعل، وإن جاء بالمال للوقت فردّ عليه [1].

والرواية وإن كـانت مشتملة على لفظ الوعد، لكـن المراد منه هو الاشتراط بقرينـة الجواب حيث قال: «أرى أنّه لـك ...» والرواية صـالحة للحمل على أكثر الصور.

فلو قلنـا: إنّه ظاهر في انفسـاخ البيع، فلا يردّ عليه أنّ الانفسـاخ يحتاج إلى سبب، وذلك لأنّ الشرط بنفسه كاف في الانفساخ إذا تحقّق ردّ الثمن.

٢ـ مـوثقة إسحاق بن عمار، قـال: حدّثني من سمع أبـا عبد الله ـ عليه السلام ـ وسألـه رجل وأنـا عنـده فقال: رجل مسلـم احتاج إلى بيـع داره، فجاء إلى أخيـه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكـون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتـك بثمنها إلى سنة أن تـردّ عليّ فقال: لا بأس بهذا إن جـاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه، قلـت: فإنّها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّـة، لمن تكون الغلّة ؟ فقال: الغلّة للمشتري، ألا ترى أنّه لو احترقت لكانت من ماله [2].

والرواية محتملة لأكثر الوجوه السابقة، فلا نعيد.

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب٧ من أبواب الخيار، الحديث ١.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

٣ـ خبر معاوية بن ميسرة، قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله ـعليه السلامـ: عن رجل باع داراً له من رجل وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط: إنّك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله؟ قال: له شرطه. قال أبو الجارود: فإنّ ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين؟ قال: هو ماله، و قال أبو عبد الله: أرأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري [1].

٤ـ روى في المستدرك عن دعائم الإسلام عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ أنّه سئل عن رجل باع داره على شرط انّه إن جاء بثمنها إلى سنة أن يردّ عليه؟ قال: لا بأس بهذا وهو على شرطه [2].

وعلى ضوء هذه الروايات فالجهل الموجود في زمان الخيار (لو كان ردّ الثمن قيداً للخيار) أو في زمان الردّ أو الفسخ أو الانفساخ مغتفر، وهذا ممّا لا يغتفر في غير هذا المورد.

الأمر الثالث: أقسام ردّ الثمن:

الثمن المشروط ردّه إمّا شخصي أو كلّي في الذمّة، فعلى الأوّل فإن قبضه فلا شكّ أنّ له الخيار بردّه، إنّما الكلام إذا لم يقبضه فهل له الخيار أو لا؟ قال الشيخ: له الخيار وإن لم يتحقّق ردّ الثمن، لأنّه شرط على تقدير قبضه، وإن لم يفسخ حتى انقضت المدّة لزم البيع ويحتمل العدم (عدم الخيار)، بناء على أنّ

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢ـ المستدرك: ج ١٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١.

اشتراط الردّ بمنزلة اشتراط القبض قبله.

يلاحظ عليه: أنّه ليست لردّ الثمن موضوعية بل هو أحد الطرق لاستيلاء المشتري على ثمنه، فإذا كان الثمن موجوداً عنده ومستولياً عليه من أوّل الأمر، فلا موضوع للردّ، حتى يتّخذه المشتري حجّة على البائع.

وبالجملة: المتبادر في هذا المقام أنّ المشتري لا يرضى بردّ المبيع إلاّ بأخذ عوضه، فإذا كان العوض عنده موجوداً والشرط حاصلاً فتلغى شرطية الشرط، ويكون له الخيار على وجه الاطلاق متقيّداً بمدّة معيّنة، ومنه يظهر ما في كلام السيد الطباطبائي حيث يقول: المسألة مبنيّة على أنّ الردّ هل هو معتبر من باب الموضوعية أو من باب الطريقية لوصول الثمن إلى المشتري أي حصوله عنده؟ فعلى الأوّل لا خيار لعدم تحقّق شرطه، وهو الردّ المسبوق بالقبض، لا لاشتراط القبض قبله كما بيّنه المصنّف، بل لعدم الموضوع حينئذ، وعلى الثاني فله الخيار لأنّ المفروض حصول الثمن عنده، والغالب في أنظار العرف هو الطريقية إذ لا غرض لهم في تحقّق موضوع الردّ بما هو رد [1].

إنّ احتمال كون الردّ أمراً مطلوباً في نفسه وراء نتيجته التي هي الاستيلاء احتمال عقلي بحت لا يتبادر إلى الأذهان العرفية، وبذلك يعلم أنّ ما أطنب به سيدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ في المقام ليس بتام.

ثمّ إذاقبض الثمن المعيّن فلاشتراط ردّه صور:

١ ـ إمّا أن يشترط ردّ عينه.

٢ ـ أو يشترط ردّ ما يعم بدله مع عدم التمكّن من العين لا بسبب منه،

---

١ ـ تعليقة السيد الطباطبائي ج٢ ص ٢٦.

أو مطلقاً.

٣ـ أو ولو مع التمكّن منه.

٤ـ أو يطلق.

أمّا الأوّل أعني اشتراط ردّ العين، فلو تلف من البائع أو من غيره، فالظاهر عدم الخيـار، اللّهمّ إلاّ أن يكون الشرط نـاظراً إلى سقـوطه بتلف البـائع، لا بتلف الغير، فعندئذ يبقى الخيار بحاله عند اتلاف الغير.

إنّما الكلام في صحّة هـذا الشرط في الأثمان الرائجة في زماننا هـذا، فإنّه أيّ فرق بين هذا الـورق، وذاك الورق فالكل من نوع واحد وصنف فـارد، لا فرق فيها بين الناس أبداً، نعم لما كـانت النقود في العصور السابقة مختلفـة من حيث العيار وكثرة الذهب والفضة وقلّتها، كـان لهذا الشرط مجال في تلك العصور، وعلى ضوء ذلك فنفس هذا الشرط في عصورنا لغو ولزوم الوفاء به مورد نظر.

وأمّا على الثاني والثالث فله ردّ البـدل في موضع صحّة الاشتراط. وبه خرج ما إذا شرط ردّ المثل، مع وجود العين، فإنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى حلّ العقد، إذ مقتضاه هو حصول التراد بين العينين، إلاّ أن يكون هنـاك اتّفاق آخر بالاكتفاء بالمثـل عن العين. نعـم يمكن أن يقال: إنّ لزوم استرجاع العين مـن آثـار الفسخ المطلـق، لا مطلق الفسـخ وإنّــه لـو شرط قبـول المثـل مـع وجـود العين صـحّ بمقتضى عمـوم أدلّة الشرط، والاشتراط يـدل على أنّ النظر إلى مـالية العين لا إلى نفسها.

وأمّا الـرابع: أعني ما إذا أُطلق، فقـال الشيخ الأنصاري: «مقتضى ظـاهر الشرط فيه ردّ العين، ولعلّ العكس هو الحق فإنّ ظاهر الاطلاق هو جواز ردّ المثل أيضاً».

هذا كلّه إذا كان الثمن شخصيّاً، وأمّا إذا كان الثمن كلّياً، فهو على قسمين: فتارة يكون في ذمة البائع، كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدم، فردّه باداء ما في الـذمّة، وأُخرى يكون الثمن في ذمّـة المشتري، ثمّ يُعيّـن في فرد، والظـاهر في المقام هـو الاكتفاء بردّ المثل، خصـوصاً انّ الغرض هنـا من البيع هو الانتفـاء من الثمن، كما هو الغـالب الأغلب، فلو كـان الغرض متعلّقاً بردّ عين الثمـن لوجب التصريح عليه.

الأمر الرابع: في كيفيّة الفسخ:

إنّ هـذا القسم مـن الخيـار، يفترق عن خيـار الشرط بـأنّ ردّ الثمن شرط في الفسخ دون خيـار الشرط، وعنـدئذ يقـع البحث في أنّـه: هـل يكفي مجرّد الـردّ في الفسخ أو يتـوقّف على انشـائه لفظاً؟ والحق أنّـه لو كـان ردّ الثمن انشـاءً للفسخ عرفاً، وكان الرادّ قاصداً به الانشاء لاستغنى عن انشاء الفسخ لفظاً، لأنّ الأسباب الفعلية تقوم مقام الأسباب القولية، هـذه هي المعاطاة، فهي سبب فعلي تحصل به الملكية للمتعـاقدين، إذا كانا قـاصدين التمليك بالاعطـاء، وليس السبب الفعلي منحصراً في المعاطاة وهـذا هو باب الوقـف، وقد ذكروا فيه أنّ الـوقف يتوقّف على التسليم، فلو اشترى سجّاداً وافترشه في المسجد بنيّة الوقف وصلّـى عليه كفى في حصـول الوقـف وانشائه، اللّهمّ إلاّ أن يشترطـا الفسخ اللفظـي وراء ردّ الثمن أو مثله، وبالجملة كيفية الفسخ تابعة لكيفيـة الاتّفاق بين المتعاقدين، فلو اتّفقا على الفسخ بعد ردّ الثمن فـلا مناص عن الفسخ اللفظـي، وإلاّ فيكفي ردّ الثمن، إذا قصد به انشاء الفسخ.

الأمر الخامس: مسقطات هذا الخيار:

إنّ هذا الخيار يسقط بمثل ما تسقط به سائر الخيارات، إلاّ ما دلّ الدليل على عدم سقوطه به، وإليك التفصيل:

١ـ يسقط بالاسقاط بعد العقد، على الوجوه الخمسة [1] أمّا الأوّل وهو ما إذا كان ردّ الثمن شرطاً لتحقّق الخيار، فالخيار وإن لم يكن موجوداً، لكن المقتضى موجود، ولا يعد اسقاطاً لما لم يجب وله نظائر في الفقه، وإن أبيت إلاّ عن عدم الجواز، فلا شكّ أنّ للبائع قبل الردّ حقّاً لا ينكر، والدليل عليه أنّه يستطيع أن يستحصل الخيار بردّ الثمن، فله أن يسقط هذا الحق. وأمّا على الوجه الثاني والثالث، فالاسقاط من قبيل اسقاط ما ثبت لتحقّق الخيار بالفعل، وأمّا على الرابع والخامس، فإنّهما ليسا من قبيل شرط الخيار، وإنّما للبائع عليه حق الشرط، فيجوز اسقاط ذلك الحق، وبالتالي لا ينفسخ بالردّ ولا تجب الاقالة به.

٢ـ يسقط بانقضاء المدّة، وعدم ردّ الثمن أو بدله مع الشرط، أو مطلقاً على ما عرفت. إنّما الكلام فيما لو كان المردود من غير الجنس أو كان معيباً، فلا شكّ أنّ الأوّل غير كاف إنّما الكلام في كفاية ردّ المعيب مع قبوله، وعدم التفات المشتري إلى العيب، فهل الفسخ صحيح غير أنّ له حقّ الاستبدال أو أنّ الرد غير متحقّق، لانصراف الشرط إلى ردّ الجنس الصحيح؟ وجهان والأقوى التفصيل بين ما إذا كان العيب طفيفاً يعدّ في نظر العرف ردّاً للثمن، وما إذا كان الفرق هائلاً وكثيراً. والحاصل أنّه إذا كان الرضا بالمعيب في نظر العرف رضاً بنفس المشروط

١ـ تقدمت الوجوه الخمسة ص ١٥٤.

فالحقّ تحقّق الردّ، بخلاف ما إذا كان الرضا على فاقد الوصف رضاً بالبدل فالظاهر عدم تحقّقه.

الأمر السادس: يسقط بالتصرّف:

قد عرفت أنّ التصرّف على وجه الاطلاق، أو المغيّر، مسقط لخيار الحيوان والمجلس، وهل هو كذلك في بيع الخيار أو لا؟

لا شكّ أنّ التصرّف في الثمن الكلّي المشخّص في فرد، لا يسقط الخيار، لشهادة الحال بكفاية ردّ مثل الثمن، وإنّ المراد بردّ الثمن هو ردّ مثله، وهو أيضاً مورد الموثق [١] أو منصرف اطلاقه.

كما أنّ الظاهر خروج ما إذا كان الثمن معيّناً، ودلّت القرائن على اتّفاق المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرّف أيضاً لما عرفت من أنّ الغرض من البيع، هو التصرّف في الثمن ثمّ ردّه باسترجاع المبيع.

كما أنّ الظاهر خروج مورد الثالث عن محطّ البحث أيضاً وهو ما إذا تصرّف في الثمن بنحو يدل عل الالتزام بالعقد، كما إذا باع داراً بقرية وأجرى فيها أنهاراً وغرس أشجاراً، فإنّ ذلك يعرب عن كونه ملتزماً ببقاء البيع، وعدم فسخه.

بقي الكلام فيما إذا دلّت القرائن على لزوم ردّ نفس العين فقط، بأن كان الاتّفاق من أوّله مقيّداً ومضيّقاً و كان الانتفاع بالعين ممكناً مع عدم التصرّف فيها، لكن تصرّف فيها فحينئذ للمسألة صورتان:

---

١ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

١ـ لو قلنا بأنّ الخيار ثابت قبل الردّ، وأنّ ردّ الثمن قيد للتسلّط على الفسخ فمثل هذا التصرّف مسقط للخيار، أخذاً بالضابطة الكلّية المستفادة من الروايات الواردة في خيار الحيوان، وهو أنّ التصرّف المغيّر كاشف عن الرضا والالتزام بالبيع.

٢ـ لو قلنا بأنّ الخيار يحدث بردّ الثمن وأنّه لا خيار قبله، فالتصرّف وإن لم يكن في ظرف الخيار، لكن شرط الخيار غير متحقّق لكون المفروض أنّ ما هو الشرط، عبارة عن ردّ نفس العين على ما كانت عليه وهو بعد غير متحقّق ولا ممكن ولم يكن ردّ المثل أو القيمة شرطاً للخيار، فليس له الفسخ لعدم وجود الشرط.

هذه هي الفروض الذهنية للمسألة وأمّا ما هو المتحقّق في الخارج هو شهادة القرائن على جواز التصرّف في الثمن وكفاية ردّ المثل، وغيره نادر لا يليق بالبحث.

الأمر السابع: في نماء المبيع وحكم تلف العوضين:

وإليك صور المسألة:

١ـ نماء المبيع أيام الخيار، أو قبل الفسخ للمشتري، ويكفي في ذلك ما ورد من الروايات [١].

٢ـ لو تلف المبيع فإن كان قبل الفسخ فهو من مال المشتري، لأنّ المفروض أنّه مالك وقد وقع التلف في ملكه.

أضف إلى ذلك أنّه صريح موثقة إسحاق بن عمار وخبر معاوية بن ميسرة،

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣.

ففي الأُولى: الغلّة للمشتري ألا ترى أنّه لو احترقت لكانتمن ماله. وفي الثاني: قال أبو عبد الله: أرأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري[1].

وإن كان من بعد الفسخ وصيرورة البيع ملكاً للبائع لكن تحت يد المشتري، فيكون ضامناً ضمان اليد، استولى عليه. فعلى اليد ما أخذت حتى تؤدّي.

الاستدلال بقاعدة التلف في زمن الخيار:

ثمّ إنّه ربّما يتمسّك في ثبوت الضمان على المشتري فيما إذا كان التلف قبل الردّ بقاعدة «التلف في زمن الخيار من مال من لا خيار له».

يلاحظ عليه: أنّ المدّعى حقّ ولكن الدليل غير تام، أمّا أوّلاً : فإنّه إنّما يتمّ فيما إذا كان الردّ قيّداً للتسلّط على الفسخ لا الخيار، وإلاّ فلا خيار قبل الردّ فيكون التصرّف في زمان اللزوم لا في زمان الخيار، اللّهمّ إلاّ إذا قيل بأنّ المراد من القاعدة: أنّ التلف يتوجّه على من كان العقد من جانبه لازماً، لا على من كان العقد من جانبه متزلزلاً فإنّ البائع وإن لم يكن ذا خيار على القول باشتراط الخيار بالردّ، وهو بعد لم يتحقّق لكن العقد متزلزل من جانبه، إذ في وسعه أن يردّ فيستحصل الخيار ويفسخ . وبعبارة أُخرى: المراد من «الخيار» الأعم من المتّصل والمنفصل، فعلى القول بكون الردّ قيداً للتسلّط على الفسخ، فالخيار متّصل.

وأمّا على القول بكونه قيداً لنفس الخيار، فالخيار منفصل. ومضمون

١ــ كان تقدير العبارة هكذا: «من مال من كانت؟ من مال المشتري» فعندئذ تكون الدار، دار المشتري.

القاعدة: أنّ الدرك يتوجّه على من لا خيـار له أبداً لا متّصلاً ولا منفصلاً وأمّا من له الخيار باحدى الصورتين فذمّته بريئة من الدرك.

وثانياً: أنّ مدرك القاعدة هـو الروايات الواردة في خياري الحيوان والشرط، وفي الثاني إذا كان المبيع حيواناً أيضاً وأنّه لـو تلف في أيام الخيار سواء كان الخيار فيها بجعل الشارع كما في خيار الحيوان أعني: «ثـلاثة أيّام»، أم بجعل المتعاقدين كما في خيار الشرط، واستفادة الضابطة الكلّية من تلك الروايات وتسريتها إلى بيع الخيار فيما إذا كان المبيع غير حيوان أمر مشكـل جداً فضلاً عن تسريتها إلى سائر الخيارات كالغبن و العيب.

تـوضيح ذلك: أنّ أغلـب الروايـات واردة في خيار الحيـوان [1]، غير رواية واحدة فإنّ صدرها راجع إلى خيار الحيـوان وذيلها إلى خيار الشرط مع كون المبيع حيواناً و إليك نصّها:

روى ابن سنان عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ ، قال: سألته عن الرجل يشتري الـدابة أو العبـد، ويشترط إلى يوم أو يـومين فيمـوت العبد والـدابّة أو يحدث فيـه حـدث، على من ضمان ذلك؟ فقـال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثـلاثة أيّـام ويصير المبيع للمشتري [2].

و إن كـان بينهما شرط أيّامـاً معـدودة، فهلك في يـد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع [3].

١ـ الوسائل: ج١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١ ـ ٥ .

٢ـ ورواه الصدوق مرسلاً نحوه إلاّ أنّه قال: لا ضمان على المبتاع حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع له، ورواه الشيخ مثله إلاّ أنّه قال: ويصير المبيع للمشتري شرط البائع أو لم يشترط.

٣ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢، ونقل ذيله أيضاً في الباب ٨، الحديث٢.

ترى أنّ صدر الرواية في خيار الحيـوان وأنّ التلف فيه على البائع والذيل في خيار الشرط، لكن في مـورد الحيوان فالتسريـة إلى جميع أقسام خيـار الشرط فضلاً عن سائر الخيـارات أمر مشكل وذلك لما عرفـت من أنّ مورد الروايات هـو موت الأمة وهـلاك الدابّـة في ثلاثـة أيّام أو في الأيـام المعدودة، ومن المحتمـل أن يكون لتلف الحيوان خصـوصية في توجّه الضمان على البـائع وهي أنّ الموت بعد البيع في هـذه الأيّام يكـون مستنداً لعلّـة سـابقة على العقـد، وإن كان البـائع أو المشتري جاهلين، غير أنّ الموت يكشف غالباً عن سبق هذه العلّة، ففي هذا الظرف حكم الشارع على وجـه الاطلاق بكـون درك الحيوان على البـائع من غير فـرق بين كون الخيار خيار حيوان أو خيار شرط، لكن في مورد الحيوان، ومع هذا الاحتمال الموجَّه لا يصحّ لنا الحكـم بالتعميم والتسرية، وأنّ الحكم ثـابت في خيار الشرط، فيما إذا كـان المبيع غير حيـوان، أو في بيع الخيار مطلقـا ولأجل ذلـك فالحق الاكتفـاء في اجراء القاعدة بالخياريـن خيار الحيوان وخيار الشرط وفي الأخير بما إذا كان المبيع حيـواناً، واستفـادة الضـابطة الكلّيـة من نقـل الكليني «على البـائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام ويصير المبيع للمشتري» أو مـن نقل الصدوق بقوله: «لا ضمان على المبتاع حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع له» بعيد جداً، خصوصاً على احتمال أنّ لفظة حتى ليست تعليلة، بل لبيان الغاية [1].

والحق أنّ في اثبـات كـون الضمان على المشتري لا نحتـاج إلى القـاعـدة بل تكفي الروايات ولكن العقد جائز لوجهين:

أوّلاً: أنّ الحكم بلـزوم البيع مع وقـوعه على أقل من قيمتـه الواقعيـة، حكم

١ـ هذا مجمل ما فصّلناه في محلّه.

ضرري منفي بأدلّة حرمة الضرر، وعدم نفوذه، سواء قلنا : إنّه مفاد قوله «لا ضرر ولا ضرار»، أو أنّه مفاد سائر الروايات الناهية عن الضرر، وعلى كل تقدير فالحكم الضرري منفي.

وثانياً: أنّ ما ذكره من أنّ لصاحبه علاقة بمبيعه، وهو لا يبيعه إلاّ برجاء الاسترجاع وإن كان صحيحاً لكنّه لا يدل على أنّه غمض العين عن ماليتها مطلقاً ولو عند التلف الخارج عن الاختيار، فارجاع العين عند الامكان، واسترجاع مثلها أو قيمتها عند عدم الامكان من باب تعدّد المطلوب، ففي الظرف الذي يتعاقد المتعاقدان لو سئل البائع عن المبيع أنّه إذا تلف لا بتقصير من المشتري فهل ترضى بالثمن المأخوذ، فهو يرجع ويجيب بالنفي، وهذا دليل على تعدّد المطلوب، فالظاهر بقاء الخيار مع تلف العين، وقد عرفت أنّ الخيار يتعلّق بالعقد، ولو قلنا بأنّه يتعلّق بالعين، فإنّما يتعلّق بها بمراتبها، كما قرّر في محلّه.

٣ـ إذا تلف الثمن فإن كان قبل الفسخ فمقتضى القاعدة كون التلف من البائع وقد تلف تحت يده، فتضمين الغير يحتاج إلى دليل قاطع، واحتمل الشيخ الأعظم كونه من المشتري وإن كان ملكاً للبائع أخذاً بقاعدة «التلف في زمان الخيار، ممّن لا خيار له» وقد عرفت الكلام فيه، والفوارق الموجودة بين موردها والمقام، أضف إليه هنا أمراً آخر، وهو أنّ موردها هو تلف المبيع، والمفروض في المقام تلف الثمن، فكيف تستظهر عمومية القاعدة.

وأمّا الاستدلال على كون التلف من البائع بقاعدة «الخراج بالضمان» بضميمة كون النماء له بحجّة أنّ معنى النبوي أنّ الخراج في مقابل ضمان العين فبما أنّ الخراج للبائع فالضمان له أيضاً، فضعيف جداً لأنّه لو أخذ باطلاق القاعدة

لزم كـون خراج المغصوب لغـاصبه بحجّة أنّـه ضامن له ــ كما أخذ به أبـو حنيفة حسب بعض الـروايات [١] **مع أنّـه بيّـن البطـلان، وإن خصّص بالمالـك، يكون** معنـاه الخراج في مقـابل ضمان المالـك لمالـه، واطـلاق الضـامن على المالـك غير متعارف. لأنّ الضمان هـو العهد والضامـن هو المتعهّد ولا يطلق على المالـك أنّه متعهّد لماله وضامن له، ولعلّ للنبوي معنى آخر، لا صلة له بباب الغرامات، ومن المحتمل أنّـه راجـع إلى الأراضي الخراجية، وأنّ خـراج الأرض في مقـابل التعهّـد، يدفعه مُتقبّلُ الأرض للإمام أو السلطـان وهو المسؤول عن الأرض وخراجها، دون من لم يتعهّد.

ثمّ إنّـه لا فرق في ضمان الثمن على البـائع مطلقاً إذا تلـف قبل الفسخ بين كونـه قبل الـردّ والفسخ أو كان بعـد الردّ وقبل الفسخ، أخـذاً بمقتضى القـاعدة العقلائيـة من أنّ تلف المال على المالك إذا تلـف تحت يده، وإنّما يفـرق بينهما لو قلنا بشمول قاعدة: «التلف في ضمان الخيار ممّن لا خيار له» للمقام، فلو قلنا بأنّ الرد قيد للخيار، فلو تلف قبل الرد ، فقد تلف في زمن اللزوم فالضمان على البائع، بخلاف ما لو تلف بعد الردّ فقد تلف في أيّام الخيار فالضمان على المشتري.

وشمول القـاعدة للثمن وإن كـان ممنوعاً لما عـرفت من اختصـاص مدرك القـاعدة بـالمبيع أوّلاً وكـونـه حيوانـاً ثانيـاً، لكنّـه لو قلنـا بـالشمول لا فـرق بين الصورتين، وإن قلنا بـأنّ الرد قيد للخيار، لما عـرفت أنّ الميزان كون المعاملـة لازماً من أحـد الطرفين دون الآخـر وفي المقام العقـد من جانـب المشتري لازم بخلاف البـائع، وإن شئت قلت: يكفي في دفـع الضمان وجود الخيـار بالقـوّة وإن لم يكن بالفعل.

١ـ الوسائل: ج ١٣، الباب ١٧ من أبواب أحكام الاجارة، الحديث ١.

الأمر الثامن: في الردّ على المالك ووكيله والولي:

لا اشكال في صدق القدرة على الفسخ بردّ الثمن إلى نفس المشتري، و إنّما الكلام في صدقه على الردّ إلى وكيله المطلق أو الحاكم أو عدول المؤمنين، وبما أنّ هذا الخيار جعلي، يجب علينا إتباع كيفية الاتفاق، فلأجل ذلك يجب أن يلاحظ صورة العقد والتعاهد، فإليك صورَه:

١ـ إذا اشترط كفاية الردّ إلى المشتري ووكيله ووليّه، ووارثه، يكفي الرد إلى الجميع. ومثله ما إذا كان ذكر واحد منهم من باب المورد لا من باب القيد.

٢ـ إذا اشترط الرد إلى نفسه بنحو التقييد على نحو لا يعتد بالردّ إلى غيره أيّاً كان فلا يتحقّق الشرط إذا ردّ إلى غيره، وعلى ذلك لو امتنع الردّ إلى شخصه لغيبته أو جنونه أو موته أو غير ذلك يسقط الخيار إذا انقضت المدّة ولم يتحقّق الشرط.

فإن قلت: لماذا لا يجوز الردّ إلى وكيله المطلق إذا قلنا بأنّ الوكالة تنزيل الوكيل منزلة الموكّل ذاتاً وفعلاً أو فعلاً فقط، فعندئذ يكون الردّ إليه ردّاً إلى الشخص؟

قلت: إنّ هذا إنّما يكفي، إذا اتفقا على كفاية الردّ على الشخص الأعم من الحقيقي أو التنزيلي وأمّا إذا اتّفقا على شخصه الحقيقي فقط من دون أن يعمّ الشخص الاعتباري فلا.

فإن قلت: لماذا لا يكفي الرد إلى الوارث لأنّ المال على أي حال ينتقل إلى الوارث على نحو كان لمورِّثه فالرد إليه كالرد إلى مورِّثه؟

قلت: المال و إن كان ينتقل إلى الوارث، ولكن الكلام في تحقّق الشرط بالردّ

إليه، مع تقييده الردّ إلى الشخص، فانتقال المال إلى الوارث لا يكون دليلاً على كفاية الردّ إليه.

٣ـ إذا أطلق الرد إلى نفسه من دون تعميم في الكلام ولا تقييد بالشخص، ولم يعلم أنّ ذكره من باب المورد فيكفي الرد إلى الوكيل المطلق لو كان أو إلى الحاكم الشرعي أو من باب القيد فلا يكفي ما ذكر، الظاهر هو الثاني.

وربّما يعلّل عدم الكفاية بأنّ الأدلّة الدالّة على ولاية الحاكم أو الوكيل لا تشمل ما ليس للمولّى عليه أو الموكّل مصلحة فيه، فقبضهما ليس قبضاً للمشتري حتى يكون المدفوع ملكاً للمشتري فيجب عليهما حفظه ويردّ المبيع إلى البائع.

وربّما يجاب بأنّه لو فرض اطلاق الوكالة لِما لَهُ وعليه كما هو المفروض في المقام فقبضه يكون قبض الموكل، وأمّا ولاية الحاكم فلا تختص بما للمولّى عليه فيه مصلحة ولذا ينفق على زوجة الغائب من ماله.

والأولى أن يقال في عدم كفاية الردّ إلى الوكيل والوليّ، هو أنّ المنشأ في العقد مضيّق بالذات، وذلك لأنّه شرط الرد إلى نفسه، فهو و إن كان غير مقيّد بالشخص ولا مطلقاً ومعمّماً بالنسبة إلى الشخص وغيره، ولكنّه على نحو لا يصدق إلاّ على نفسه، فكفاية الرد إلى الغير لم ينشأ فكيف يكتفى به؟ فتصوّر أنّ الوكيل وجود تنزيلي للموكّل وأنّ الحاكم يقوم بشؤون المولّى عليه، لا يفيد في المقام إذا كان المنشأ مضيقاً بالذات غير صادق إلاّ على الدفع إلى الشخص.

ثمّ إذا تولّى واحد من الأب أو الجد أحد طرفي العقد، فهل يجوز للبائع أن يردُّ إلى الوليّ الآخر الذي لم يكن متولّياً للعقد، كما لو اشترى الأب للطفل بخيار

البائع فهل للبائع الـردّ إلى جد الطفل أو لا؟ الظاهر هـو الجواز، لولاية كلّ منهما على الطفل في عـرض الآخر، وهـذا بخلاف مـا لو اشترى الحاكم للطفـل بخيار البـائع، فليس للبائع الـردّ إلى حاكـم آخر، لأنّ ولايـة الحاكم الثاني محدّدة بـالمال الذي لا وليّ له، والمفروض أنّ الحاكم الأوّل وضع يده عليـه، فخرج عن كونه مالاً بـلا وليّ، وبعبـارة أُخـرى ولايـة الحاكم في تلـك الموارد محدودة بـالأُمـور التي لم يتكفَّلها أحد، فإذا كان للأمر متكفّل، فليست له هناك ولاية فعليّة.

الأمر التاسع: في أقسام ردّ الثمن وحكمها:

١ـ إذا أطلق اشتراط الفسخ بـردّ الثمن، فـالمتبادر منـه عدم التمكّـن من الفسخ إلاّ بردّ الثمن جميعاً، وأولى منه إذا صرّح بذلك.

فلو ردّ البـائع بعض الثمن والحال كـذلك فـلا يخلو إمّـا أن يدفع بعنـوان الأمـانة، إلى أن يجتمع قـدر الثمن فيفسخ، فيكـون حينئذ أمـانة عنـد المشتري لا يضمنه إلاّ مـع التفريط، وإمّـا أن يدفع إليـه بعنوان كونـه ثمناً مع أنّ الثمـن هو المجموع، فلـو قبضه المشتري يكـون مقبوضاً بـالقبض الفاسـد، لأنّ المفروض أنّ الشرط لم يتحقّق حتى يكون ثمناً ومن جانب آخـر أنّ البائع دفعه بذلك العنوان، فيكون الاقبـاض والقبض معاوضياً وتصير يده عليـه يد ضمان كالمقبـوض بالبيع الفاسد، فلا يجوز له التصرّف فيه مطلقاً، ويضمن لـو تلف أخذاً بمفاد قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

٢ـ ولـو شرط خيار الفسخ بردّ بعض الثمن بمعنـى أنَّ ردّ البعض كاف في تحقّق شرط الخيار أو التسلّط على الفسـخ جاز ، لما عرفت: أنّ هذا الخيـار وتوابعه

يتبع كيفية الجعل والاتفاق، وعندئذ ترجع العين إلى البائع، وتبقى بقية الثمن على ذمّته.

٣ـ لو شرط البائع الفسخ في كل جزء بردّ ما يخصّه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع، فلو ردّ البقية إلى انقضاء المدّة ينفسخ الجميع، و إلاّ يصير المبيع مشاعاً. ثمّ إنّه لو صرّحا بانحلال العقد وامكان تبعّضه فهو، و إلاّ فللمشتري الخيار، لأنّ المفهوم ـ عند عدم التصريح بالانحلال ـ هو اشتراط فسخ الكل ولكن جزءاً فجزء، لا خيار الفسخ كلاّ ً أو جزءاً.

وأمّا ما هو سببه فهل هو لأجل وجود شرط ضمني في العقد وهو كون مجموع المبيع بوصف اجتماعه مقابلاً لمجموع الثمن كما عليه المحقّق النائيني، أو أنّ خيار تبعّض الصفقة خيار مستقل لا صلة له بخيار الشرط؟ الظاهر هو الثاني لأنّه لو كان الخيار من أجل الشرط الضمني لكان الخيار خيار تخلّفه لا تبعّض الصفقة، بل الحق انّ الخيار هنا هو خيار تبعّض الصفقة، ووجه ذلك هو أنّ المنشأ مضيّق من أوّل الأمر لأنّهما اتّفقا إمّا على أن يكون جميع المبيع للمشتري إذا لم يفسخ أو جميعه للبائع إذا فسخ، فكون المبيع مشاعاً ومشتركاً بينهما الذي هو نتيجة فسخ البعض دون بعض ممّا لم ينشأ ولم يتفقا عليه فكيف يمكن أن يجبر المشتري على قبوله، فلو أُريد من كونه من باب تخلّف شرط ضمني في العقد ما ذكرناه فنعم الوفاق، و إلاّ فالظاهر أنّه من باب تبعّض الصفقة الذي يتلقّاه العرف خياراً مستقلاّ ً ومبايناً لما اتّفقا عليه.

هذه هي صور المسألة وأحكامها غير أنّ صاحب المستند قال ببطلان غير الفرض الأوّل قائلاً بأنّ الحكم على خلاف القاعدة، ومورد النص غير هذه الصورة، وأدلّة الشروط ليست جارية لأنّ شرط الخيار مخالف للسنّة، و إنّما جوّزناه

في المقام من جهة النصوص الخاصّة [١].

يلاحظ عليه: أنّه مبنيّ على ما فهمه من أنّ بيع الخيار على خلاف السنّة فلازم ذلك هو الاكتفاء بمورد النصوص، وأمّا على المختار من كونه على وفق القاعدة فلا.

ثمّ إنّ تصوير القسم الأخير وهو الفسخ في كل جزء بردّ ما يخصّه من الثمن ليس بأمر مشكل والذي يقرب ذلك تقسيم تحرّر المكاتب إلى مشروط ومطلق، ففي الأوّل لا يتحرّر ما لم يؤد الجزء الأخير من الثمن، بخلاف الثاني، فالتحرّر هنا يتحقّق بمقدار ما أدّى من الثمن، وليس ذلك لأجل أنّ العقد الواقع على شيء، قابل للتحليل إلى عقود كثيرة حسب تحليل المعقود عليه، فإنّ ذلك ممّا لا يقبله الذوق ولا يتلقّاه العرف صحيحاً، فمن باع داراً فإنّما باع شيئاً واحداً وأوقع عقداً واحداً، بل الانحلال لأجل أنّ الالتزام و إن كان شيئاً واحداً، والانشاء أمراً فارداً إلاّ أنّ المتعلّق لما كان مركّباً ومتكثّراً فهو يكون قابلاً للتجزئة فينفسخ في جزء ويبقى في جزء آخر، وتحليل الأُمور الاعتبارية لا يبتنى على الدقائق الموجودة في التكوين.

الأمر العاشر: في جواز اشتراط الفسخ للمشتري:

إذا كان بيع الخيار مطابقاً للقاعدة فكما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذلك يجوز للمشتري اشتراطه لكن برد المثمن، وأمّا على قول صاحب المستند فلا يصحّ التعميم لأنّه على خلاف القاعدة، وقد عرفت الاشكال فيه، وعلى هذا فيجوز اشتراط الفسخ لكل منهما بردّ ما انتقل إليه أو بدله عندما يجوز ردّ البدل.

١ـ مستند الشيعة: ١/ ٢٨٤.

فإذا صحّ اشتراط الفسخ من جانب المشتري فمقتضى الاطلاق ردّ العين، فلو تلفت سقط الخيار لعدم التمكّن من الشرط، ولا يكفي ردّ البدل، لانصراف الاطلاق في باب المبيع إلى ردّ نفسه، عكس الاشتراط في ردّ الثمن، فالاطلاق فيه ينصرف إلى الاكتفاء بردّ المثل أيضاً لأنّ الغرض منه هو التصرّف في الثمن أوّلاً وعدم التفاوت بين العين والمثل في الأثمان ثانياً، بخلاف العين.

نعم إذا كان المبيع من المنتجات الصناعية التي لا يتميّز العين عن المثل فيها بنحو من الانحاء، فلا يبعد الاكتفاء بردّ البدل عند تلف العين.

هذا كلّه إذا أطلق ردّ العين، وأمّا لو صرّح بكفاية البدل عند عدم القدرة على العين لتلفها أو تعذّر الوصول إليها، فيكفي ردّ البدل، وعلّله الشيخ بقوله: لأنّ مرجعه إلى اشتراط الخيار بردّ المبيع عند وجوده، و بدله عند تلفه.

وهل يجوز اشتراط ردّ بدله ولو مع التمكّن من العين أو لا؟ ذهب شيخنا الأعظم إلى الثاني قائلاً بأنّه خلاف مقتضى الفسخ، لأنّ مقتضاه رجوع كل من العوضين إلى صاحبه، فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع، بل ليس فسخاً في الحقيقة. وحاصله أنّه خلاف مقتضى الفسخ.

يلاحظ عليه: بما عرفت سابقاً من أنّ رجوع كل من العوضين إلى صاحبه ليس من آثار مطلق الفسخ حتى فيما إذا صرّح بالخلاف، وجواز الاكتفاء بالبدل بل من آثار الفسخ المطلق، بمعنى أنّه لو شرط الفسخ بردّ المثمن وسكت عن التقييد، فمقتضاه ردّ كل من العوضين إلى صاحبه، لا ما إذا شرط الفسخ وصرّح بالاكتفاء بالبدل و إن تمكّن من ردّ العين، فإنّ مآل ذلك هو شرط جواز افراغ الذمّة بالبدل، فإنّ ذمّة المشتري و إن كانت مشغولة بالعين ما دامت موجودة،

ولكنّه يشترط على البائع في ضمن العقد بلزوم اكتفـائه في مقام الافراغ، ببدلها دون نفسها، وهذا مثلما إذا كان لزيد على عمرو دنانير، فيشترط في ضمن العقد بالاكتفاء في مقام الافراغ بالدراهم مكان الدنانير.

وقد نبّه الشيخ بذلك في الفـرع الآتي و إن غفل عنه في المقام، و إليك نصّه، قال:

لو اشترط ردّ التالف بالمثل في القيمي وبالقيمة في المثلي، أمكن الجواز لأنّه بمنـزلة اشتراط ايفـاء مـا في الـذمّة بغير جنسـه، لا اشتراط ضمان التـالف المثلي بالقيمـة، والقيمي بالمثل، ولا اشتراط رجـوع غير ما اقتضـاه العقد [1] إلى البائع، فتأمّل.

يلاحظ عليه: **أوّلاً**: أنّه ليس ضمان المثلي بـالمثلي، أو القيمي بالقيمي، حكماً شرعياً ثابتاً بالكتاب والسنّة حتـى يكون اشتراط خلافه شرطاً على خلاف الكتاب والسنّة، نعم هي قاعدة عقلائية اتفقوا عليها في باب المرافعات والخصومات، وبما أنّه لم يردع عنها الشارع، يكون حكماً امضائياً للشرع.

وثانياً: أنّه إذا صحّ افراغ الذمّة بغير مـا اشتغلت به أولاً في المقام بحجّة أنّ الهدف من الشرط ليس هو تبدليل التشريـع الممضىٰ، بل الطرفان يسلّمان على أنّ المثلي يضمن بـالمثلي، والقيمي بالقيمي، غير أنّهما يتّفقـان بعد تسليمـه على جواز ايفاء ما في الذمّـة بغير جنسه ـ لو صحّ ذلك ـ فليصحّ ما ذكـرناه في الفرع المتقدم من جواز اشتراط ايفاء ما في الذمّة من الاشتغال بالعين ببدلها، إذ ليس الشارطان يهدفان إلى تبـديل الحكم الشرعـي، بل يسلّمان أنّ الذمّـة مشغولـة بردّ العين أولاً، ولكن يشترطان الاكتفاء في مقام افراغ الذمّة بردّ بدلها مع التمكّن منها.

١ـ كذا في النسخ، والأولى أن يقال: الفسخ، مكان العقد.

الأمر الحادي عشر ـ شرط الخيار في العقود والايقاعات:

لا شك في صحّة شرط الخيار في البيع، وما أشبهه من العقود اللازمة كالاجارة والمزارعة والمساقاة. إنّما الكلام في صحّة جعله في غيرها، فيقع الكلام في مواضع:

١ـ حكم الخيار في الايقاعات.

٢ـ حكم الخيار في العقود الجائزة.

٣ـ حكم الخيار في بعض العقود اللازمة.

فنقول: قبل الخوض في المقصود نذكر ما هو مقتضى القاعدة.

مقتضى القاعدة: عدم صحّة خيار الشرط في العقود والايقاعات إلاّ فيما إذا أحرزت مشروعيّة الفسخ فيه، فكل مورد أُحرزت مشروعيته فيه، يجوز شرطه في الانشاء، ولا يصحّ التمسّك باطلاق أدلّة الشروط في اثبات مشروعيته، وذلك لأنّ أدلّة الشروط كأدلّة النذر والعهد، ليست مشرّعة حتى يُصحَّح بها اشتراط ما لم تحرز مشروعيته، وإنّما دورها ايجاب العمل بما ثبتت مشروعيته، وعلى ذلك فكلّ ما شكّ في مشروعية شيء في حدّ ذاته أو مشروعية أخذه في الانشاء، لا يصحّ التمسّك باطلاق أدلّة الشروط كما هو واضح.

فنخرج بهذه النتيجة: أنّه لابد في اثبات مشروعيّة الفسخ في العقود والايقاعات من دليل وراء أدلّة الشروط ومع الشك فيها، لا يترتّب عليه الأثر.

إذا عرفت ذلك فنقول:

الموضع الأوّل: حكم الخيار في الايقاعات:

هل يصحّ شرط الخيار في الايقاعـات أو لا ؟ نقل الاتفاق على العدم وعلّل المحقّق النائيني عدم الصحّة بوجهين:

١ــ الخيار هـو ملك الالتـزام، وليس في الايقـاعات أيّ التـزام وعهـد من الموقع، ولم يلتزم بالتزام عهدي أو عقدي [١].

يلاحـظ عليه: أنّ الخيار هـو السلطنة على الفسخ والاقرار، وليـس الالتزام داخلاً في مفهومـه، وعلى ذلك فمن له سلطنة الهدم والاقرار فهـو ذو الخيار سواء كان المتعلّق عقداً أو ايقاعاً، فكما للعقد هدم واقرار، فهكذا للايقاع.

أضف إلى ذلك: لـو سلّمنا دخول الالتـزام في مفهوم الخيار فأيّ مـانع من القول بوجـود الالتزام في الايقاع، فالمطلّق ملتـزم بخروج زوجته عن حبـالته شرعاً وقانـوناً، والمعتِق ملتـزم بحرية عبـده، فلو شرط الخيار كـان معناه أنّه يملـك هذا الالتزام هدماً واقراراً.

٢ــ ليس الشرط مجرّد ذكر شيء منضمّـاً إلى آخر كما لـو قيل: بعتك الـدار وآجرتك البستان، بل يجب أن يناط المنشأ به، وفي الايقاعات لو أُنيط أصل المنشأ بـه بطلت، للتعليق، ولـو ذكـر غير مرتبـط بـالمنشأ فهـو الشرط الابتدائي الـذي لا يجب الـوفـاء بـه، لكـونـه حينئـذ مجانيّـاً وبـلا عـوض، وغير منضم إلى أحـد الطرفين [٢].

يلاحظ عليه: أنّه لو صحّ ذلك لزم بطلان خيار الشرط في العقود أيضـاً لأنّ إناطة المنشأ بالشرط ، يستلزم التعليق وهو مبطل عند القائل بالتنجيز ، والحل

---

١ و ٢ ـ منية الطالب: ج٢ ص ٥٥.

أنّ المبطل حسب القاعدة هو تعليق الانشاء لا المنشأ، والمقام من قبيل الثاني لا الأوّل إلاّ إذا دل دليل على البطلان فيه أيضاً.

ثمّ إنّ سيّدنا الأُستاذ ـ قدّس الله سرّه ـ ذكر وجهين آخرين لبطلان خيار الشرط في الايقاعات، وإليك حاصلهما:

١ ـ إنّ الشرط على ما يظهر من اللغويين الزام والتزام في البيع ونحوه، والظاهر من الظرف أن يكون البيع حاوياً له، أي يقع الشرط في ضمنه وخلاله، بحيث يدعى أنّه ظرفه وأنّه فيه، ومن المعلوم أنّ الايقاع لا يعقل فيه ذلك فإنّه لا يعقل أن يرتبط به الشرط الواقع بعده أي بعد تماميته عنواناً وتأثيراً فضلاً عن أن يكون في ضمنه وخلاله [١].

يلاحظ عليه: أنّ مراد اللغويين من قولهم الزام والتزام في البيع هو اخراج الشروط الابتدائية وأنّه يجب أن يكون الشرط تابعاً للبيع ونحوه في الالتزام لا التزاماً مستقلاً، ومن المعلوم أنّه يكفي في التبعية كون الشرط من قيود المنشأ وفروعه، وأمّا كونه داخلاً في المنشأ وعدم كفاية التبعيّة فهو أمر غير ظاهر من كلامهم.

ولو صحّ ما ذكره يبطل كل شرط في الايقاع، سواء كان الشرط خيار الفسخ أو غيره، وانّ معناه أنّ الايقاع لا يقبل الاشتراط على وجه الاطلاق، وهو كما ترى، وستوافيك بعض الروايات المشتملة على الشرط في الايقاع في بابي الوقف والعتق، وإن قام ـ قدّس الله سرّه ـ بتأويل هذه الروايات وأنّها من قبيل الاستثناء من أوّل الأمر، لا الاشتراط في الايقاع وما هو إلاّ لأنّه قد أخذ موقفاً مسبقاً في الايقاعات فالتجأ إلى التأويل، وإلاّ فأيّ محذور في انشاء ايقاع مشروط كانشاء عقد مثله، وليس الايقاع إلاّ مثل العقد من الأُمور الاعتبارية التي لا يشترط في صحّتها إلاّ

---

١ ـ كتاب البيع: قسم الخيارات ج٤ ص ٢٥٢.

كونها معتبرة عند العقلاء، ومترتّباً عليها الأثـر، فالتزام كون الشرط داخلاً في المنشأ لا خارجاً عنه وعدم كفاية التبعية كما ترى.

٢ــ انّ الخيار إنّما يصحّ في العقود لأنّها أُمـور اعتباريـة بـاقية لـدى الشرع والعرف اعتباراً ولهذا نـرى ثبوت الخيار فيها عند العـرف والشرع، ومنه يستكشف أنهّا موجـودة عندهما فيصحّ فسخه وحلّـه، وأمّا الايقاعـات فلا دليل على بقـائها الاعتباري عند العقـلاء أو الشرع بل الظاهر عدم اعتبارهـم ذلك، ومعه لا معنى لحلّه أو رفعه، والشك في ذلك كاف في عدم ثبوته.

يلاحـظ عليه: أنّه لم يظهـر الفرق بين العقـود والايقاعـات حيث ادّعى أنّ المنشـأ لـه بقـاء في الأوّل دون الثـاني مـع أنّهما متسـاويـان في المقـام، فـإن أُريـد بقــاء الانشـاء اللفظـي فهـو معــدوم في كليهما، وإن أُريــد المنشأ الاعتبــاري، فلـه بقاء عنـد العـرف مطلقـاً، فالمرأة المطلّقـة، مطلّقـة إلى آخـر حياتها، والعبـد المعتق حـرّ كذلـك. فللطلاق والعتـق بالمعنى الاسمـي نوع بقـاء ومثله الابـراء بالمعنى الاسمي لا المصـدري، فذمّة المشغول بعـد الابراء بريئة في حـال الانشاء وبعده.

والحاصل: أنّ هذه الـوجوه التي تبتنى على دقائق فلسفيـة لا يصحّ أن تقع أساساً للحكم الشرعي، فإنّ الأحكام الشرعية مبنيـة على أُمور عرفية واضحة لدى العامة. والأُستاذ ــ قدّس الله سرّه ـ إنّما وصل إليها بعد ريـاضة علمية ومجاهدات ذهنية عميقة.

والـذي يمكن أن يقال: إنّـه لابدّ أن نـلاحظ كـل نوع من الايقـاع برأسـه، ونقف على قضاء العرف والشرع في مـورده، وليست هناك ضابطة كلّيـة صادقة في جميع الموارد.

بطلان شرط الفسخ في القربيات:

أمّا العتق والصدقـة والوقف فإنّها أُمور قربية مـن شأنها أن تكون متمحّضةً في الله سبحـانـه، وما كـان كـذلـك فشرط خيار الفسـخ فيـه (لا مطلق الشرط) لا يناسـب طبعها وشأنها، ولـذلك تضافـرت الروايـات على أنّ «الصدقـة لله عزّ وجلّ فما جعـل لله عـزّ وجلّ فـلا رجعـة فيـه» وفي روايـة أُخـرى عن رسـول الله: «إنّما مثل الـذي يتصـدّق بالصـدقة، ثـمّ يعود فيهـا مثل الـذي يقيئ ثم يعـود في قيئه»[1].

لا أقـول إنّ شرط الفسـخ يضـاد القـربـة، بل المراد أنّ الصـدقـة و العتـق والوقف، اخراج للمال عن الملكية، وبـذل له في سبيل الله، فشأن عمل مثلها، هو الاخراج والاعراض لا العود إليـه ثانياً بالفسخ والرجوع وبالتالي ابطـاله وبالنتيجة فهذه النكتـة تصد العقـلاء من تصحيح خيار الفسخ فيـه وإن لم يكن مانعـاً من القربة.

نعم الذي ينافيهاهو شرط الرجوع فيما بذله في سبيل الله لا مطلق جعل شرط فيه، ولذلك جاء جعل الشرط في الوقف والعتق، أمّا الأوّل فما رواه عبد الرحمان بن الحجاج عمّـا أوصى به علي ـ عليه السلام ـ وقضى وجاء فيها: «فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقضي به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه...»[2] وليس مثل هذا الشرط رجوعاً ولا منافياً، لقوله «فما جعل لله عزّ وجلّ فلا رجعة فيه» لأنّه إنّما ينافي إذا شرط بيع الواقف لصالح نفسه، لا بيع الموقوف عليه عند حاجته فإنّ مثل ذلك

١ـ الوسائل: ج ١٣، الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ١ و ٢ وغيرهما.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ٤.

يعد من انتفاع الموقوف عليه من الأصل كانتفاعه من الفرع.

وأمّا الثاني فقد تضافرت الروايات على جعل الشرط في العتق. وفي نفس هذه الرواية «إنّ ما كان لي من مال «ينبع» يعرف لي فيها وما حولها، صدقة ورقيقها ـ غير «أبي رياح» و «أبي نيزر» و «جُبير» ـ عتقاء ليس لأحد عليهم سبيل فهم موالي، يعملون في المال خمس حجج. ومنه نفقتهم ورزقهم ورزق أهاليهم».

وروى عبد الرحمان بن أبي عبد الرحمان عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: «أوصى أمير المؤمنين فقال: إنّ «أبا نيزر» و «رباحاً» و «جُبيراً» عتقوا على أن يعملوا في المال خمس سنين»[1]. وقد استفاضت الروايات على جواز العتق وشرط العمالة عليه[2] ولا يعد مثل ذلك رجوعاً في الصدقة وإنّما هو تضييق للمبذول من أوّل الأمر بصورة الشرط فإنّ منافع العبد لمولاه فله بذل جميعها وقبض بعضها وكونه استثناءً أو شرطاً، ليس له تأثير في المقام.

هذا كلّه في هذا القسم من الايقاعات وأمّا غيرها كالطلاق، فلا يصحّ فيه شرط الخيار، وذلك لأنّ الزوجة أرفع شأناً من أن يتساوم معها الزوج كتساوم المتعاملين فيطلق بشرط خيار الفسخ ولأجل الاشعار بكرامتها وترفّعها نرى أنّ للطلاق والنكاح مراسم بين الأُمم جميعاً كل ذلك يعرب عن ترفّع شأنها، وأهمية الأمرين قال سبحانه: ﴿**الطلاق مرّتانِ فَإمساكٌ بِمَعْروفٍ أو تَسرِيحٌ بإحسانٍ**﴾ (البقرة / ٢٢٩) غير أنّه لأجل صيانة العلقة بين الزوجين، جعل للرجل حق الرجوع من دون أن يشترطه وهو في الحقيقة تمسّك بالزوجيّة التي كانت في مظنّة الزوال لولا التدارك بالرجوع.

١ـ الوسائل: ج١٦، الباب ١٠ من أبواب العتق، الحديث ١.

٢ـ المصدر نفسه: الباب١٢ من أبواب العتق، الحديث ١ و٢ و٣.

بقي الكلام في الصلح والابراء، أمّا الأوّل: فلو كان في مقام المعاوضة يدخل فيه الخيـار بلا اشكـال، وأمّا لـو كان في مقـام الابراء، كـالصلح قبل ثبـوت الحق فلمنافاتـه لحكمة التشريع، فإنّه لقطع النزاع، واشتراط الخيار إعـادة للنزاع، وهذا وإن كان حكمة ولا يدور الحكم مدارها، لكنّها كافية لأن تقع سبباً لانصراف أدلّة خيار الشرط عـن مورده على وجه يتجلّـى شرط الفسخ أمراً منـافياً لمضمونـه عند العرف، ومنه يظهر حال الابراء مضافاً إلى أنّه كرامة من المبرئ، ولا كرامة في شرط الرجوع.

هذا كلّه في الايقاعات وقد علمت أنّه لا ضابطة كلّية تدل على عدم صحّة جعل الخيار فيها، وإنّما الملاك ملاحظة كل نوع بخصوصه حسب مضمونه وملاك تشريعه.

الموضع الثاني: حكم الخيار في العقود الجائزة:

إنّ العقود الجائزة على قسمين: قسـم لا يعتريها اللزوم في حال مـن الأحوال كالوكالة والوديعة والهبة غير المعوّضة إلى غير ذي الرحم، فجعل خيار الشرط فيها لغو إلاّ أن تصير لازمـة بالعرض فحينئـذ يجوز اشتراط الخيار فيها في ضمـن عقد آخـر وتوهّم أنّـه يجب على هـذا عدم اجتماع الخيـارين في عقـد واحد كـالمجلس والحيوان، والغبن والعيب، فإنّ أحدهما يغني عن الآخر، مدفوع بالفرق بين المقام، ومـا عطف عليه، فـإنّ خياري المجلس والحيـوان من قبيل الحقـوق، ومثله خيـار العيب والغبن، فيجوز إسقاط أحدهما وابقـاء الآخر، وهذا بخلاف الجواز في هذه المعاملات، فإنّه حكم غير قابل للاسقـاط ومعه لا حاجة لجعل الخيار، وبالجملة العقد الـذي هو جائز بالـذات ما لم يعرض عليه عنـوان موجب للّزوم، لا حـاجة

لجعل الخيار .

وأمّا القسم الثـاني، أعني: ما ربّما يطـرأ عليها اللزوم ولـو في بعض الأحوال كالهبة إلى ذي رحم أو مطلق الهبة إذا تصرّف فيهـا الموهوب له، فجعل الخيار فيها و إن كان غير لغو لكنّه إنّما يصحّ إذا كان اللزوم فيهـا لزوماً حقّياً لا حكمياً شرعياً غير قابل للاسقاط والتغيير، وهو ليس ببعيد كما سيوافيك.

الموضع الثالث: حكم الخيار في العقود اللازمة:

لا شك في جواز جعـل الخيار في العقود الـلازمة ما لم يقترن بمانع، كـالبيع والاجارة والمضاربة والمساقاة والمزارعة وما أشبهها. إنّما الكلام في بعض المصاديق و إليك الكلام فيها:

١ ـ النكاح: إنّ النكاح عقد لازم ولكـن لزومه حكمي لا حقّي، شرعي لا جعلي، بـاشتراط المتعاقـدين، والانسان يلمـس ذلك من المرتكـزات العرفيـة فإنّ النكاح بين الأُمم والشعوب أعلى من أن يتعامل معه معاملة سائر العقود، ولأجل ذلك لـه مراسيم بين الأُمم كما أنّ لانحـلاله أيضاً مـراسيم، وهذا يعـرب عن أنّ المتديّنين يتلقّون لزومه من جانب الشرع وربّ الزوجين، كما أنّ غيرهم يتلقّونه أمراً مهمّـاً من المجتمعـات، فعلى ذلك فليس الـوجـوب حقّاً للـزوجين حتى يكـون انحلاله بيدهما بل شرعي لا يقبل الانحلال إلاّ بما جعله الشرع سبباً له.

ويقرب من ذلك الهبـة إلى ذي الرحـم،والهبة عند تصرّف الموهـوب له فيها، فإنّ اللزوم فيها حكمي لا حقّي، فلأجل صيانـة مقام الرحم حَرم الرجوع، ولأجل دفع العسر والحرج وقطع النـزاع، حكم بـاللزوم عنـد تصرّف الموهوب لـه، فمثل ذلك لا يقبل جعل الخيار.

إنّما الكلام في الضابطة الكلّية لتمييز اللزوم الحكمي عن اللزوم الحقّي، فقال المحقّق النائيني: إنّ اللزوم في النكاح ناش عن حكم الشارع بلزوم نفس عنوان العقد لا عن التزام المتعاقدين، وبعبارة أُخرى: كل لزوم نشأ من: ﴿**أُوفوا بالعقود**﴾ فهو حقّي وكلّما نشأ من نفس العنوان فهو حكمي، وبعبارة ثالثة: انّ اللزوم إذا كان ناشئاً عن حكم الشارع بلزوم نفس العنوان فهو حكمي، فكون رفع النكاح موقوفاً على الطلاق شرعاً كاشف عن أنّ رفعه ليس بيد المتعاقدين، ويدل عليه عدم مشروعية الإقالة فيه، فإنّها والخيار توأمان، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فإنّ لزومه حقّي [1].

يلاحظ عليه: أنّ تمييز اللزوم الحكمي عن اللزوم الحقّي بما ذكره لا يزيد إلاّ إبهاماً، إذ من أين نقف على أنّ اللزوم في معاملة خاصّة نشأ من حكم الشارع بلزوم نفس العنوان أو من التزام المتعاقدين. والأولى إستكشافه من طرق أُخرى، كملاحظة طبع المعاملة [2] من علّو مقامها وقداستها لدى العرف من أن تخضع لخيار الشرط كالنكاح أو لمخالفته لما هو الغاية من المعاملة، كجعله في عقد الرهن فإنّ تسلط الراهن على العين المرهونة لا يجمع مع غرض المرتهن، أو لاستنكار العرف كالهبة لذوي الرحم، إلى غير ذلك من الامارات والقرائن التي تثبت كون اللزوم حكمياً كما هو الحال في الأمثلة الآتية.

ثمّ إنّ كون لزوم النكاح حكمياً لا ينافي الرجوع في العدّة الرجعية، والفسخ بالعيوب، فإنّ الأوّل تمسّك بالزوجية قبل زوالها لا أنّه ذو خيار بل أنّ الطلاق في الرجعية إنّما يؤثّر إذا خرجت عن العدّة ولم يرجع إليها الزوج، فبالرجوع تنتفي العلّة

١ـ منية الطالب: ٢/ ٥٦.

٢ـ وقد عرفت أنّه الميزان أيضاً لتمييز اللازم عن الجائز أيضاً، وقد مرّ تفصيله في الفصل الأوّل.

التامّة للطلاق، فكأنّ النكاح كان أمراً في حال الذوبان والانحلال، فرخّص الشارع للزوج أن يخرجه عن هذه الحالة،وأمّا الفسخ بالعيوب فهو استثناء عن اللزوم الشرعي. وقد قدّمنا الكلام في ذلك في صدر الكتاب.

٢ـ الرهن والضمان والحوالة والكفالة: فالظاهر عدم جواز خيار الشرط فيها، لأنّ جعل الخيار فيها ينافي الغرض المقصود، لأنّ غرض المرتهن من الرهن هو كسب الوثوق، ومع جعل الخيار يزول هذا الغرض، كما أنّ غرض المضمون له من التضمين بعد فراغ ذمّة المضمون عنه، هو الرجوع إلى الضامن، فلو شرط الضامن الخيار في الضمان لغى التضمين، ومثله الكفالة، وتصوّر أنّ الأغراض دواعٍ وحكم لا علل ومناطات غير مضرّ لما عرفت من أنّ كون الداعي من هذه المعاملات هو كسب الوثوق والاطمئنان، يوجب انصراف أدلّة الخيار عن هذه المعاملات، وكون هذه المعاملات غير قابلة للخيار في نظر العقلاء.

٣ــ وبذلك يظهر عدم صحّة جعل الخيار في القرض، لأنّ الغاية من الاقتراض هو رفع الحاجة وجعل الخيار ولزوم رجوع العين أو بدلها قبل الأجل لا يجتمع مع هذه الغاية، وهو كاف في سببيّة الانصراف.

٤ـ وأمّا المعاطاة فيجوز فيها جعل الخيار وتصوّر أنّ السبب القولي لا يرتبط بالسبب الفعلي كما ترى، وذلك أنّ الارتباط المطلوب، ليس هو الارتباط التكويني بل الاعتباري، ويكفي في ذلك البيان باللفظ.

٥ـ الجعالة والسبق والرماية، الظاهر عدم صحّة شرط الخيار فيها فإنّها قبل العمل ما لم يصل إلى النتيجة عقود جائزة، وبعدها عقود لازمة غير قابلة للفسخ.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم ذكر ضابطة في تمييز ما يجوز فيه جعل الخيار عمّا لا يجوز، وقال: «الأظهر بحسب القواعد إناطة دخول خيار الشرط بصحّة

التقايل في العقـد، فمتى شرّع التقايل مع التراضي بعد العقـد جاز تراضيهما حين العقد على سلطنة أحدهما أو كليهما على الفسخ ...»[١].

ولكنّه يتم في جـانب الأصل، فإنّ جواز التقايل بعـد العقد يكشف عن أنّ زمام المعاملة بيد المتعاقدين وليس للشارع حكم تعبّدي وراء رضاهما، فإذا جازت الإقـالـة بعـد العقـد جـاز التـزلـزل قبل العقـد، ولا يصـحّ في العكس، وهـو أنّ مـا لا تجوز الإقالـة فيـه لا يجوز جعل الخيـار إذ من الممكن أن يكـون للعقـد قبل حدوثه حكماً مغايراً لحكمه بعد الحدوث فالمكلّف يكون في فسحة قبل العقد، وله أن يتقلّب كيف ما شاء ولـو بجعل الخيار، ولكنّه لمّا عقد والتزم لا يكون له الهدم بالإقالة.

١ـ المتاجر، قسم الخيارات ص ٢٣٤.

الفصل الخامس

خيار الغبن

- تعريف الغبن.
- دليل خيار الغبن.
- شروط خيار الغبن.
- طرق ثبوت جهل المغبون.
- هل ظهور الغبن محدِث للخيار أو كاشف عنه؟
- في مسقطات خيار الغبن الأربعة:
  - أ ـ الاسقاط بعد العقد.
  - ب ـ اشتراط السقوط في متن العقد.
  - ج ـ تصرّف المغبون بعد العلم بالغبن.
  - د ـ تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن.
- في تصرّف الغابن.
- في حكم تلف العوضين مع الغبن.
- عدم اختصاص خيار الغبن بالبيع.
- هل خيار الغبن فوري أو لا؟

خيار الغبن

أمّا الغبن في اللغة، فقد قال في الصحاح: وهو بالتسكين في البيع وبالتحريك في الرأي.

وقال ابن منظور في اللسان: وغَبِنْتَ رَأيكَ: أي نسيته وضيّعته، وغَبِنَ الشيء: وفيه غَبْناً وغَبَناً: نسيه وأغفله وجهله. الغَبْن: ضعف الرأي، والغَبْنُ في البيع والشراء: الوَكْسُ. غَبَنَهُ: أي خدعه، وغَبِنْتُ في البيع إذا غَفَلْتَ عنه.

وقال الفيروز آبادي في القاموس: غبن الشيء وفيه: نسيه أو اغفله أو غلط فيه، وغبن رأيه: ضعف.

وهذه الكلمات: تعطي أنّ المقوِّم لصدق الغبن هو غفلة الطرف أو جهله أو نسيانه في مقابل علم الغابن و إغفاله، فتكون النتيجة شرطية علم الخادع وجهل المخدوع، فلو كان الخادع جاهلاً أو المخدوع عالماً لا يتحقّق الغبن، ولا تصدق الخدعة، وأمّا قوله سبحانه: ﴿**إِنَّ المنافِقينَ يُخادِعونَ اللهَ وَهُوَ خادِعُهُمْ**﴾ (النساء/ ١٤٢) فلا يدل على عدم شرطية جهل المخدوع بحجّة: أنّ المراد منه هو الله سبحانه وهو عالم وذلك أنّه سبحانه ينقل رأي المنافقين وأنّهم يظنّنون أنّه

سبحانه لا يعلم تخطيطاتهم ومؤامراتهم، ثمّ هو يرد عليهم بأنّه سبحانه خادعهم بمعنى ابطال مخططاتهم، فاستعمال الخدعة في كلا الموردين بالعناية، أمّا الأوّل فبما عرفت، وأمّا الثاني فمن باب المشاكلة والمجاراة. وعلى أي حال فلو كان اللفظ حقيقة في الخدعة يكون معناه اللغوي أوسع ممّا يستعمله الفقهاء، فإنّهم يتوسّعون في استعماله، حيث يطلقونه مع جهل الطرفين، بل حتى مع علم الآخر وإن لم يترتّب عليه أثر الغبن أعني الخيار لأجل كون الطرف، مُقدِماً عليه، وعلى ذلك فاللفظ آمّا منقول من المعنى اللغوي إلى معنى أوسع أو هناك توسّع في الاستعمال مجازاً.

تعريف الغبن:

فالغبن: هو التمليك بما يزيد على القيمة مع جهل الآخر، أو مبادلة مال بأزيد عن ثمنه المثلي. وبما أنّه لم يرد فيه نص لم يذكره الصدوق في المقنع، ولا المفيد في المقنعة ولا الشيخ في النهاية، ولكن أوعز إليه في الخلاف في مسألة تلقّي الركبان، وقال: «تلقّي الركبان لا يجوز ، فإن تلقّى واشترى كان البائع بالخيار إذا ورد السوق إلاّ أنّ ذلك محدود بأربعة فراسخ فإن زاد على ذلك كان جلباً، ولم يكن به بأس، وللشافعي فيه قولان: أحدهما: لا يجوز ولم يحدّه، والثاني: ليس له الخيار، دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم، وروى أبو هريرة أنّ النبيّ ﷺ نهى عن تلقّي الجلب، فإن تلقّى متلقٍّ فاشتراه، فصاحب السلعة بالخيار إذا ورد السوق»[1].

وقال القاضي: ومن ابتاع شيئاً وظهر له فيه غبن، فلا يخلو إمّا أن يكون من

١ـ الخلاف: ج٣، كتاب البيع، ص ١٧٢المسألة ٢٨٢.

أهل الخبرة أو لا يكون كذلك، فإن كان من أهل الخبرة لم يكن له ردّه، و إن لم يكن من أهل الخبرة وكـان مثله لم تجر العادة، فسـخ العقد إن أراد، و إن كانـت العادة جرت بمثله لم يكن له خيار [١].

وقال ابن حمزة: خيار الغبن أن يبيع شيئاً أو يبتاع وهو غير عالم بالقيمة وفيه غبن لا يتغابن بملكه في مثله فإذا علم كان له الخيار [٢].

وقال ابن زهرة في الغنية: السبب الخامس للخيار: ظهور غبن لم تجر العادة بمثله بـدليل الاجماع المشار إليـه، ويحتج على المخالف بقـوله ﷺ: لا ضرر ولا ضرار ومن اشترى بمائة ما يساوي عشرة، كان في غـاية الضرر ـ وبنهيه ﷺ ـ عن تلقّي الركبان، وقوله: «فإن تلقّى متلق فصـاحب السلعة بالخيار إذا دخل السوق، لأنّه إنّما جعل له الخيار لأجل الغبن [٣].

وقال المحقّق: من اشترى شيئاً ولم يكن من أهل الخبرة وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به، كان له فسخ العقد إذا شاء.

وذكر في الجواهر أنّه لم يجد خلافاً في المسألة بين من تعرّض له عدا ما يحكى عن المحقّق في حلقـة درسه، واستظهره في الـدروس من كلام الاسكـافي لأنّ البيع مبني على المغالبة.

ونسبه في التذكرة إلى علمائنا [٤].

١ـ المهذّب: ١/ ٣٦١.

٢ـ الوسيلة: ٢٣٧. ويحتمل أن يكون «بملكه» مصحف «بمثله» فلاحظ.

٣ـ الغنية: ٥٨٨.

٤ـ الجواهر: ج٢٣ ص ٤١.

هذه كلمات أصحابنا وأمّا غيرهم فذكره ابن قدامة في المغني وقال: يثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع:

أحدها: تلقّي الركبان إذا تلقّاهم فاشترى منهم وباعهم وغبنهم.

الثاني: بيع النجش. (وهو أن يزيد في قيمة السلعة ليشتريه الغير بقيمة أزيد).

الثالث: المسترسل إذا غبن غبناً يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والامضاء وبهذا قال مالك، وقال ابن أبي موسى. وقد قيل لزمه البيع وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة و الشافعي، لأنّ نقصان قيمة السلعة مع سلامتها، لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل وكالغبن اليسير ...[1].

ثمّ إنّ المراد بالزيادة في التعريف إنّما هي مع ملاحظة ما انضمَّ إليه من الشرط، فلو باع ما يساوي مائة دينار بأقلَّ منه مع اشتراط الخيار للبائع فلا غبن، لأنّ المبيع ببيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم، وهكذا غيره من الشروط بل في تعليقة السيد الطباطبائي نفي خيار الغبن مع ثبوت الخيار بوجه آخر سواء كان من جهة الاشتراط أو غيره، كخيار الحيوان إذا كان المغبون هو المشتري لقصور الأدلّة عن الشمول خصوصاً إذا كان المدرك قاعدة الضرر.

والحاصل: أنّه يلاحظ الغبن مع توابع العقد ولوازمه وشروطه:

أدلّة خيار الغبن:

ثمّ إنّه استدل على خيار الغبن بوجوه وهي بين تامّة وغير تامّة وإليك

١ـ المغني: ٣/ ٥٢٢ـ٥٢٣.

البيان:

الأوّل: قوله سبحانه: ﴿**يا أيُّهاالَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالباطِلِ إلاّ أَن تَكُونَ تِجارَةً عَن تَـراضٍ مِنكُمْ**﴾ (النساء/ ٢٩) فقد استدلّ العلاّمة بذيل الآية وقال: معلوم أنّ المغبون لو عرف الحال لم يرض بالمعاملة ولما كان مُقتضى التعليل بطلانَ المعاملة، لا كون المغبون ذا خيار، أورد عليه في الجواهر: أنّ التراضي حاصل بالضرورة وإلاّ كانت المعاملة باطلة لا أنّ فيها الخيار [١].

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم حاول تصحيح الدليل، وقال: وتوجيهه: إن رضا **المغبون بكون ما يأخذه عوضاً عمّا يدفعه، مبنيّ على عنوان مفقود، وهو عدم نقصه عنه في المالية، فكأنّه قال: اشتريت هذا الذي يساوي درهماً بدرهم، فإذا تبيّن أنّه لا يساوي درهماً تبيّن أنّه لم يكن راضياً به عوضاً، لكن لما كان المفقود صفة من صفات المبيع لم يكن تبيّن فقدها كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصودة التي لا يوجب تبيّن فقدها إلاّ الخيار فراراً عن استلزام لزوم المعاملة إلزامه بما لم يلتزم ولم يرض به، فالآية إنّما تدلّ على عدم لزوم العقد.**

ثمّ أورد عليه بأمرين:

١ـ إنّ الوصف المذكور إنّما يوجب ذلك إذا كان عنواناً لا داعياً، ومن المعلوم أنّه من قبيل الثاني الذي لا يوجب تخلّفه شيئاً.

٢ـ لو فرضنا أنّه أخذ على وجه التقييد ولكنّه إنّما يوجب إذا ذكر في متن العقد، والمفروض عدمه.

يلاحظ على التوجيه: أنّ الآية تنهى عن الأكل بالباطل وتستثني الأكل

١ـ الجواهر: ج٢٣، ص ٤٢.

بالتجارة عن تراض، وأمّا التفصيل الذي جاء في كلامه فلا تدلّ عليه الآية، وإنّما هو محاسبات عقلية لتصحيح الخيار، والاستدلال إنّما يتمّ إذا كانت الآية دالّة عليه بإحدى الدلالات الثلاث، وهي لا تدلّ إلاّ على حرمة الأكل بالباطل وجوازه بالتجارة عن تراض مضافاً إلى ما سيوافيك من تفسير الآية.

الثاني: الاستدلال بصدر الآية قائلاً بأنّ آكل المال على وجه الخدع ببيع ما يساوي درهماً بعشرة، مع عدم تسلّط المخدوع بعد تبيّن خدعه على ردّ المعاملة وعدم نفوذ ردّه، أكل للمال بالباطل، أمّا مع رضاه بعد التبيّن بذلك، فلا يعدّ أكلاً بالباطل، ومقتضى الآية وإن كان حرمة الأكل حتى قبل تبيّن الخدع إلاّ أنّه خرج بالاجماع وبقي ما بعد اطلاع المغبون وردّه للمعاملة.

أورد عليه الشيخ: بأنّه يعارضه ظاهر الذيل، أعني قوله سبحانه: ﴿ **إلاّ أن تكون تجارة عن تراض**﴾ بناء على عدم خروج ذلك عن موضوع التراضي فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم [١] وحاصل ما ذكره أنّ صدر الآية يدل على البطلان وذيلها يدلّ على الصحّة، فيتكافأ الظهوران ويتساقطان، فيرجع إلى الأصل.

يلاحظ عليه: **أوّلاً**: أنّ الاستدلال بالصدر على الخيار في المقام يستلزم دلالته على معنيين مختلفين يشكل الجمع بينهما بدلالة واحدة، لأنّه يدل بالدلالة المطابقية على بطلان الأكل بالأسباب الباطلة ـ كما هو ظاهر الآية ـ ويدلّ حسب استظهار الشيخ على صحّة الأكل وجوازه مع الخيار في المقام، مع أنّ الجمع بين المعنيين واستظهارهما من الآية مشكل جداً.

١ـ المتاجر: قسم الخيارات، ص ٢٣٤.

ومثله الـذيل فإنّ لازم الاستـدلال به على المقـام يستلزم دلالتـه على صحّة الأكل ولزوم العقد تارة، وصحّته دون لزومه أُخرى وهو كما ترى، والجملة الواحدة لا تكون كافلة لبيان الأمرين.

وهذا يعرب عـن بطلان التمسّك بهما وأنّه مبنيّ على الخلط بين مفـاد الآية وحكم العقلاء في المقام كما سيوافيك.

وثانياً: أنّ هذا النحو مـن التفسير لا يناسب ساحة القرآن، إذ كيـف يؤخذ بظهـور الصدر قبـل انضمام الـذيل إليـه، فتكون النتيجـة التعـارض والتسـاقط والرجوع إلى الأصل وليس للآية إلاّ ظهور واحد لا ظهوران، ولأجل توضيح الحال نرجع إلى تفسير الآية صدرها وذيلها فنقول:

إنّها في مقام بيان المنع عـن أكل المال بالأسباب المحرّمة وجـوازه إذا كانت محلّلة، وليس لها شأن بـا لمسبّبات إذا كانت الأسباب محلّلـة ـ كما في البيع المشتمل على الغبن ـ و إليك التوضيح:

إنّ مضمـون الآية ورد في غير واحـد مـن الآيات، ولا يعلـم المراد إلاّ بنقل الجميع وتفسيرها عن طريق التفسير الموضوعي.

أ ـ قال سبحـانه: **﴿ولا تَأْكُلُـوا أَمْوالَكُم بَيْنَكُمْ بِـالباطِلِ وَتَـدْلُوا[1] بِهَا إِلَى الحُكّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَموالِ الناسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾** (البقرة/ ١٨٨).

يقول الطبرسي: لا يأكل بعضكم مال بعض بالغصب والظلم والوجوه التي لا تحل، وقيل معنـاه: لا تأكلوا أمـوالكم بـاللهو واللعب مثـل ما يـؤخذ في القمار

١ـ الإدلاء: ارسال الـدلو في البئر لنزح الماء، كنّى به عن مطلق تقريب المال إلى الحكّـام ليحكموا كما يريده الراشي.

والملاهي. لأنّ كلّ ذلك من الباطل، وروي عن أبي جعفر أنّه يعني بالباطل: اليمين الكاذبة، يقتطع به الأموال. وروي عن أبي عبد الله قال: كانت قريش تقامر الرجل في أهله وماله فنهاهم الله. والأولى حمله على الجميع لأنّ الآية تحتمل الكل[1].

وتؤيّد ما ذكره لفظة «الباء» في ﴿بالباطل﴾ الدال على السببية فالآية تدل على حرمة الأكل بالأسباب الباطلة التي عرفت ــ لا بالأسباب الصحيحة كالتجارة مع الرضا ــ.

ب ـ قال سبحانه: ﴿فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنا عَلَيْهِمْ طَيِّباتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِم عَن سَبِيلِ اللهِ كَثيراً * وَأَخْذِهِمُ الرِبوا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوالَ الناسِ بِالباطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلكافِرينَ مِنْهُمْ عَذاباً أَلِيماً﴾ (النساء/ ١٦٠ـ١٦١).

قال الطبرسي في تفسير الباطل: أي بغير استحقاق ولا استيجاب وهو ما كانوا يأخذونه من الرشا في الأحكام كقوله: ﴿وَأَكْلِهِمُ السُّحْتَ﴾ (المائدة/ ٦٢) وما كانوا يأخذونه من أثمان الكتب التي كانوا يكتبونها بأيديهم و يقولون هذا من عند الله وما أشبه ذلك من المآكل الخبيثة، عاقبهم الله تعالى على جميع ذلك بتحريم ما حرّم عليهم من الطيّبات[2].

ج ـ قال سبحانه: ﴿يا أَيُّها الّذِينَ آمَنُوا إنَّ كثيراً مِنَ الأحْبارِ والرُّهْبانِ لَيَأْكُلُونَ أَمْوالَ النَّاسِ بِالباطِلِ وَيَصدُّونَ عَن سَبيلِ اللهِ﴾ (التوبة/ ٣٤).

قال الطبرسي: يأخذون الرشا على الحكم[3].

١ـ مجمع البيان: ج١/ ٢٨٢ ط صيدا.

٢ـ المصدر نفسه: ج٢/ ١٣٨.

٣ـ المصدر نفسه: ج٣/ ٢٥.

إنّ هذه الآيـات وما نقلناه عن أمين الإسلام حـولها، يفسّـر قوله سبحـانه: ﴿يا أيُّها الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالباطِلِ إلاّ أَن تَكُونَ تِجارَةً عَن تَراضٍ مِنكُمْ﴾ (النساء/ ٢٩) وقد اشتهـر التمسّك بالآية منذ قـرون في مورد المسبّبات، مع أنّها كاخواتها ناظرة إلى الأسباب المحرّمة والآية بصدد تحريم الأكل عن طريق السبب الحرام، وتسـويغ الأكـل بالسبـب المحلّل، والبيع مـن الأسباب المحلّلـة واشتماله على الغبن لا يجعلـه من الأسباب المحرّمـة فهو خارج عن الآية خـروجاً موضوعياً فلا صلة لها به.

الثالث: الروايات الواردة في كتب الفريقين:

الروايات التي استدل بها على خيار الغبن على صنفين: صنف ورد في مورد تلقّي الركبان، وصنف في غيره، أمّا الأوّل فإليك ما وقفنا عليه:

١ـ روى أبو هـريرة: أنّ النبيّ ﷺ نهى عن تلقّـي الجلب فإنْ تلقّـى متلقّ فاشتراه فصاحب السلعة بالخيار إذا ورد السوق [١].

٢ـ روى البيهقي: لا تَلَقَّـوا الجلب فمن تلقّاه واشترى منه فـإذا أتى السوق فهو بالخيار [٢].

٣ـ روي في دعائم الإسـلام عن رسول الله ﷺ أنّه نهى عن تلقّي الـركبان. قال جعفر بن محمد ـعليهما السلامـ: هو تلقّي الركبان لشراء السلـع منهم خارجاً عن

١ـ سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٩ الحديـث ٣٤٣٧، سنن الترمـذي: ٣/ ٥٢٤، الحديـث ١٣٢١، ونقلـه الشيخ في الخلاف: ٣/ ١٧٣، المسـألة ٢٨٢ مـن كتـاب البيوع، و أوعـز إليـه في الغنيـة في فصل أسباب الخيار ومسقطاته.

٢ـ سنن البيهقي: ج٥/ ٣٤٨.

الإمصار لما يخشى في ذلك على البائع مـن الغبن ويقطع بالحاضرين في المصر عن الشراء إذا خرج من يخرج لتلقّي السلع قبل وصولها إليهم [١].

وهل الخيار الوارد في روايتي أبي داود والبيهقي، هو خيار تلقّي الركبان وإن لم يكن هنـاك غبن، أو هو خيار الغبـن، حكى الأوّل عن بعض فقهاء أهـل السنّة وكأنّه تصوّر أنّ للتلقّي موضوعية ولكن قوله ﷺ في الروايتين: «فإذا ورد السوق» أو أتى السوق، قرينة على أنّ المراد منه هو خيار الغبن، لأنّه كناية عن الوقوف على السعر، لأنّ الأسعار تتبيّـن في الأسواق.

أضف إلى ذلـك مـا نقلـه صاحـب دعـائم الإسلام عـن جعفـر بن محمـد ـ عليهما السلام ـ حيث فسّـره بالغبن، وهـذه الروايات صـالحة لتأييـد ما سنذكـره من الروايات من طرقنا، وأمّا الثاني فإليك البيان:

٤ـ روى إسحاق بن عمّـار عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: غبن المسترسل سحت [٢].

٥ـ روى مُيسّـر عنه قـال: غبن المؤمن حرام [٣] والاسترسال الاستئناس إلى الانسان والثقة بما يحدِّثه.

٦ـ قال الصـدوق: قال الصادق ـ عليه السلام ـ: غبن المسترسل سحـت، وغبن المؤمن حرام [٤].

١ــ مستـدرك الـوسـائل: ج١٣ ، الباب ١٣، مـن أبـواب الخيـار، الحديث ١، وهـو يفسر الحديثين المتقدمين وأنّ المراد من الخيار الوارد فيهما هو خيار الغبن، لا خيار التلقّي.

٢ و ٣ ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٧ من أبواب الخيار ، الحديث ١ و ٢.

٤ـ المصدر نفسه: ج١٢، الباب ٩ من أبواب التجارة ، الحديث ٤.

٧ـ روى عمر بن جميع عن أبي عبد الله ـعليه السلام ـ أنّه قال: غبن المسترسل ربا[١].

٨ـ روى ابن طاووس في كتاب الاستخارات عن أحمد بن محمد بن يحيى عن الصادق ـعليه السلام ـ في تعليم آداب التجارة لبعض أصحابه: ولا تكتم عيباً يكون في تجارتك ولا تغبن المسترسل، فإنّ غبنه لا يحل[٢].

٩ـ روى جميل بن دراج، قال: سألت أبا عبد الله ـعليه السلام ـ عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها فلمّا أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلّبها، ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يُقِله، فقال أبو عبد الله: إنّه لو قلّب منها ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة، ثمّ بقي منها قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية[٣].

وهذه الروايات ضعيفة الدلالة إلاّ الأخيرة كما سيوافيك بيانه، وذلك لأنّ المراد من الغبن أمّا المعنى المصدري أو الزيادة الحاصلة بالبيع الغبني، وعلى كل تقدير لا يدل إلاّ على حرمة نفس العمل أو الزيادة لا على صحّة المعاملة وجوازها مع وجود الخيار للمغبون.

ويؤيّد المعنى الثاني تشبيه الزيادة بالبيع الربوي فهذه الزيادة مثل الزيادة في الربا سحت.

نعم يمكن الاستئناس بالحديث الأخير وسيوافيك بيانه.

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٩ من أبواب التجارة، الحديث ٥.

٢ـ مستدرك الوسائل: ج ١٣، الباب ١٣، من أبواب الخيار، الحديث ١.

٣ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١، وغيره.

١٠ـ روى زرارة في حديث: أنّ رسول الله قال: لا ضرر ولا ضرار [١].

ووصفه الشيخ الأعظم بأنّه أقوى ما استدل به وقال: إنّ لزوم مثل هذا البيع وعدم تسلّط المغبون على فسخه ضرر عليه، واضرار به، فيكون منفياً، فحاصل الرواية أنّ الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر، ولم يسوغ اضرار المسلمين بعضهم بعضاً [٢] ولم يمض لهم من التصرّفات ما فيه ضرر على الممضى عليه [٣] ومنه تظهر صحّة التمسّك بها لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضرراً على الممضىٰ عليه سواء أكان من جهة الغبن أم لا، وسواء أكان في البيع أم في غيره [٤].

ولمّا كانت تلك القاعدة الدّليل الوحيد عند البعض في المقام وغيره فلا بأس بإفاضة القول فيها على وجه يناسب المقام وذلك في ضمن أُمور:

١ـ إنّ التمسّك بها متفرّع على التفسير الذي اختاره الشيخ للقاعدة من أنّ المنفي هو الحكم الضرري، فكل حكم كان ضررياً في جميع الحالات أو بعضها فهو مرفوع، فايجاب الوضوء على المريض ضرريّ وإن كان غير ضرريّ في حالة الصحّة لكنّه إذا كان ضررياً في حالة المرض، يكون مرفوعاً، ووزان القاعدة وزان حديث الرفع، فإنّ رفع «النسيان» و «ما لا يعلم» كناية عن رفع الحكم المنسيّ المجهول، فالشارع في محيط التشريع ينفي هذه الأحكام بنفي العناوين العارضة لها.

٢ـ إنّ المرفوع تارة هو الحكم التكليفي كحرمة أكل الميتة في مورد الاضطرار

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢ـ ناظر إلى صحّة استفادة الحكم التكليفي منه.

٣ـ ناظر إلى استفادة الحكم الوضعي منه أيضاً.

٤ـ المتاجر، قسم الخيارات ص ٢٣٥.

فمن اضطرّ إلى أكل الميتة أو أكل مال الغير في عام المجاعة فهو مرفوع، وأُخرى الحكم الوضعي وهو لزوم المعاملة في المقام، فإنّ ايجاب الوفاء على المغبون حكم ضرري فهو مرفوع، كما أنّ الحكم بحرمة أكل الميتة اضرار على النفس فهو مرفوع.

٣ـ إنّ الموضوع الضرري إن كان له حكم واحد يرتفع الضرر برفعه، فهو المتعيّن للرفع، وإن كان له حكمان يرتفع الضرر برفع أحدهما، فإن كان بينهما ترتب فالمرفوع هو المتأخّر، وإلاّ فهو أحدهما لا على التعيين، وكذا في كل مقام كان هناك حكمان أو أحكام يلزم الضرر من ثبوت الجميع، ويرفع برفع أحدهما، ففي ما نحن فيه نقول: إنّ البيع المغبون فيه موضوع ضرري وله حكمان: أحدهما الصحّة والآخر اللزوم، والضرر إنّما يلزم من ثبوت كليهما، لكن اللزوم متأخّر طبعاً عن الصحّة فهو المتعيّن للرفع [1].

٤ـ نعم: إنّ قاعدة لا ضرر وإن كانت تنفي الحكم، ولا تثبته فوزانها وزان حديث الرفع، فهو حديث رفع لا حديث وضع، وعلى ذلك فغاية ما تثبته القاعدة هو نفي اللزوم لا اثبات الخيار بين الفسخ والامضاء لكن يكفي في اثبات الخيار، نفي الحكم فإنّ نفي اللزوم عبارة أُخرى عن كون المعاملة جائزة، وجواز المعاملة يساوق كون الخيار بيد المشتري، فله الامضاء أو الفسخ.

أضف إلى ذلك: أنّ حديث لا ضرر ورد في محيط التشريع فهو يخبر عن نفي أيّ حكم ضرري مجعول، وبالتالي عن عدم توجّه أيّ ضرر إلى المسلمين من جانب التشريع، فعلى ذلك لو كان رفع الحكم كافياً في نفي الضرر عن المسلم فهو، وإلاّ فلو توقّف على اثبات حكم آخر، يثبت قطعاً، مثلاً لو غصب شخص

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي، قسم الخيارات، ص ٣٧.

مال غيره وتملّكه، فالقاعدة لا تمضيه لكنّه لا يكفي في رفع الضرر إلاّ إذا حكم عليه بالضمان عند التلف، فلو تلف المال في يده أو أتلفه، تجعل القاعدة ذمّته مشغولة بالمثل أو القيمة وإلاّ لزم الضرر، وإن شئت قلت: إنَ قاعدة الضرر قد ترفع الحكم عن الموضوع الضرري إن كان ذلك الحكم هو الموجب للضرر، وقد تثبت حكماً آخر له إن كان عدم الاثبات موجباً له كما في إتلاف مال الغير فإنّ عدم جعل الضمان حكماً لهذا الموضوع يستلزم الضرر.

٥ـ **فإن قلت:** إنّ الضرر كما يندفع بالخيار بين الفسخ والامضاء يندفع بتخيير الغابن المغبونَ بين امضاء العقد بكل الثمن، وردّ الغابن بالمقدار الزائد، غاية الأمر يثبت الخيار للغابن لتبعّض المال عليه، وأيضاً يرتفع بتسلّط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ في الكل ومن تدارك ما فات على المغبون، ومعناه أنّ للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت، والفرق بين الوجهين هو أنّ الأمر في الأوّل بيد المغبون، وفي الثاني بيد الغابن في اختيار واحد من الفسخ والرد، وبعبارة أُخرى: انّ في الأوّل إلزام الغابن بخصوص ردّ الزائد بخلاف الثاني فإنّ له إلزامه بأحد الأمرين المترتبين وبذل الزائد، فإن لم يبذل يفسخ.

قلت: قد عرفت أنّ قاعدة «لا ضرر» كحديث الرفع فهو حديث نفي لا حديث إثبات، فشأنه نفي الأحكام التي يجيئ من ناحيتها الضرر، وإنّما يصار إلى إثبات الحكم ـ وراء النفي ـ إذا توقف نفي الضرر عليه، كما إذا أتلف الغاصب مال الغير، أو تلف تحت يده. ولكن المقام من قبيل القسم الأوّل إذ يكفي في رفع الضرر عن المغبون نفي الحكم الوضعي فقط، وصيرورة العقد جائزاً بمعنى أنّ بيده الامضاء والفسخ وأمّا إثبات جواز الالزام، وأنّه يجوز للمغبون إلزام الغابن

بدفع القدر الزائد، أو أنّه يجب على المغبون القبول إذا ألزمه الغابن فهو حكم لا يتوقّف عليه دفع الضرر. وبالجملة: شأن القاعدة أوّلاً وبالذات، هو النفي لا الاثبات، وإنّما يصار إلى الثاني في ظروف خاصّة وليس المقام من قبيلها.

وأمّا ما ذكره الشيخ من ترجيح دفع الضرر بردّ المقدار الزائد لأنَّ إلزام الغابن بالفسخ، ضرر لتعلّق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم خصوصاً النقود، فغير تام، لأنّه من قبيل تفويت النفع، لا توجيه الضرر إليه. مضافاً إلى معارضته بضرر المغبون لأنّ من الناس من لا يرضى باقتناء الأجناس الرخيصة، أو لأنّه لا تقضىٰ حاجته بها.

هذا كلّه في تشييد دلالة القاعدة على الخيار في المقام لكن في التمسّك بها في المقام اشكالاً نذكره وحاصله: أنّ من المحتمل جدّاً اختصاص القاعدة بنفي الأحكام التكليفية لا الوضعية كما هو خيرة شيخ الشريعة الاصبهاني وإليك تشريحه:

مفاد القاعدة:

إنّ شيخ الشريعة الاصبهاني قد ذهب إلى أنّ مفاد القاعدة هو نفي الحكم التكليفي بشهادة أنّ القاعدة وردت في موارد ثلاثة:

١ـ قضية سمرة بن جندب المعروفة [1].

٢ـ مورد منع فضل الماء حيث قال ﷺ: لا يمنع فضل ماء ليمنع فضل كلأ

١ـ الوسائل: ج ١٧، الباب ١٢ من أبواب احياء الموات، الحديث ٣.

فقال: لا ضرر ولا ضرار ...[١].

٣ـ مورد الشفعة حيث قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين والمساكن، قال: لا ضرر ولا ضرار[٢].

٤ـ المستفاد من الأوّلين هو النهي التكليفي، أمّا الأوّل فواضح، وأمّا الثاني فإنّ مراد الرسول ﷺ هو النهي عن منع نقع البئر حتى يكون سبباً لمنع فضل الكلأ لأنّ الراعي إنّما يقصد الكلأ إذا كانت مقرونة بالماء، فإذا منع من الماء يمنع من الكلأ قهراً، فنهى عنه ﷺ نعم الثالث ظاهر في الحكم الوضعي، إذ بيع الشريك حصته من الدار من غيره ليس بمحرّم قطعاً حتى يحكم عليه بلا ضرر ولا ضرار وإنّما المحكوم هو لزوم بيعه من الغير، حيث إنّ الشريك يتضرّر من هذا البيع فهو مرفوع، ولكن المهم هو ثبوت تذيّل حديث الشفعة بهذه القاعدة وذلك لأنّا نرى أنّ أحمد بن حنبل روى أقضية رسول الله ﷺ عن عبادة بن صامت، وهي أزيد من عشرين قضية، وليس حديث الشفعة فيه مذيّلاً بالقاعدة، وإنّما جاءت القاعدة منفردة، وإليك بعض نصوصه:

وقضى رسول الله في الركاز الخمس.

وقضى أنّ الولد للفراش وللعاهر الحجر.

وقضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين والدور.

وقضى للجدّتين من الميراث بالسدس بينهما بالسواء.

وقضى أن لا ضرر ولا ضرار.

١ـ الوسائل: ج ١٧، الباب ٧ من أبواب احياء الموات، الحديث ٢.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ٥، من أبواب الشفعة، الحديث ١.

وقضى أنّه ليس لعرق ظالم حق.

وقضى ... [١].

وهذه الفقرات كلّها أو جلّها مرويّة من طرقنا موزّعة على الأبواب، وغالبها برواية عقبة بن خالد، وبعضها برواية غيره، وجملة منها برواية السكوني، والذي أعتقده أنّها كانت مجتمعة في رواية عقبة بن خالد عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ كما في رواية عبادة بن صامت إلاّ أنّ أئمّة الحديث فرّقوها على الأبواب.

وبذلك يعلم أنّه لم يثبت تذيّل حديث الشفعة بهذه القاعدة، بل هي قضية واحدة، وليس في باقي قضاياه غير قضائه بالشفعة أو بالنهي عن منع فضل الماء، منه أثر ولا خبر، وبذلك يسقط الاستدلال بقاعدة لا ضرر على الخيار [٢].

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره من عدم دلالة القاعدة على نفي الحكم الوضعي مبني على كون النفي بمعنى النهي مستدلاً بقوله سبحانه: ﴿**فَلاَ رَفَثَ ولا فُسُوقَ ولا جِدَالَ في الحَجِّ**﴾ (البقرة/ ١٩٧) وقوله سبحانه: ﴿**فَٱذْهَبْ فَإِنَّ لَكَ فِي الحياةِ أن تَقُولَ لا مِساس وإنَّ لكَ موْعِداً لن تُخْلَفَهُ**﴾ (طه/ ٩٧) غير أنّ الصيغة حقيقة في نفي الحقيقة وحملها على النهي خلاف الظاهر وما استشهد به من الأمثلة مع غضّ النظر عن بعضها لا يثبت إلاّ جواز الاستعمال لا انحصاره فيه، فإنّ هناك من الأمثلة ما لا يجوز فيه ما ذكر، مثل قوله: لا ربا بين الزوج والزوجة، ولا ربا بين الولد والوالد، ومن المعلوم أنّ الصيغة هناك لنفي الحقيقة لا للنهي عن الربا

١ـ مسند أحمد، الجزء ٥، ص ٣٢٦.

٢ـ رسالة لا ضرر، لشيخ الشريعة، ص ١٧و ١٨، ونخبة الأزهار لتقرير بحثه بقلم الوالد ـ رضوان الله عليه ـ ص ١٧٣.

لضرورة جواز الربا في الموردين، وقد ورد عن سيد الأنبياء وسيد الأوصياء نفس المدلول لكن بلفظ «ليس» مكان «لا».

قال رسول الله ﷺ: ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا، نأخذ منهم ألف ألف درهم بدرهم ونأخذ منهم ولا نُعطيهم.

وقال أمير المؤمنين ـ عليه السلام ـ: ليس بين الرجل وولده ربا، ولا بين السيد وعبده ربا [١].

ما هو الحق في تفسير القاعدة:

الحق في تفسير الحديث هو المعنى الثالث، بمعنى أنّ النفي ليس بمعنى النهي كما عليه شيخ الشريعة ـ قدّس سرّه ـ، بل هو باق في معناه ولكن ليس منشأ الضرر، هو الحكم التكليفي والوضعي حتى يكون الحديث ناظراً إلى نفيهما، بل المنشأ هو الناس وتضاربهم وتكالبهم في حطام الدنيا، والحديث ناظر إلى نفي الضرر في المجتمع البشري ويخبر عنه، لا عن محيط التشريع والتقنين فلا يصح ما عليه الشيخ الأعظم من جعل الحديث ناظراً إلى محيط القانون. ومع ذلك كلّه يمكن الاستدلال به على نفي الأحكام الشرعية الضررية إذا كان المبدأ والمنشأ هو الناس.

توضيحه: أنّ نفي الضرر بين الناس وعدم وجوده في المجتمع شيء لا يمكن تصديقه حقيقةً، فلا بد أن يكون الاطلاق مجازياً وادّعائياً حتى يصح لصاحب الشريعة أن يدّعي: ليس بين المسلمين ضرر ولا بين المكلّفين إضرار، وبما أنّه أمر

١ـ الوسائل: ج١٢ الباب ٧ من أبواب الربا الحديث ١ و ٢ وغيرهما.

ادّعائي يحتاج إلى مسوّغ وليس هو إلاّ عدم تشريعه كل حكم تكليفي أو وضعيّ يكون مصدراً للاضرار ويقع مستمسكاً للناس في هذا المجال.

فالشارع لما نظر إلى محيط التقنين ورأى صفحته خالياً عن الحكم الضرري قاطبة، صحّ له أن يدّعي أنّه لا ضرر بين الناس ولا ضرار بين المكلّفين ويرتّب على ذلك حرمة كل عمل يوجب الضرر على الغير، أو عدم تنفيذ كل معاملة تستلزم ذلك، هذا خلاصة المختار والتفصيل يطلب من محله [1].

وعلى ذلك فلا مانع من الاستدلال على الخيار بالقاعدة.

الرابع: الاجماع:

استدل على الخيار في المقام بالاجماع المحصل من زمان الشيخ إلى زماننا هذا، فقد عرفت بعض مصادر الفتوى إلى زمان المحقّق [2]، إلاّ أنّ بعض كتب القدماء خالية عنه، فلم يرد في كتب الصدوق والمفيد ولا في كتاب النهاية للشيخ وهذا يعرب عن عدم وجود النص ، وأنّ الحكم اشتهر من زمن الشيخ لكنّه فتوى على وفق القاعدة، فلا يكون مثل ذلك الاجماع حجة كاشفاً عن نصّ وصل إليهم ولم يصل إلينا.

الخامس: بناء العقلاء:

والأولى أن يستدل على الخيار ببناء العقلاء وهو أمر مسلّم بينهم حتى أنّه يُلام البائع على عمله، ويحكم بأنّه للمشتري الردّ واسترداد ثمنه، وليس ذلك البناء بناء عقلائياً تعبّدياً، لتمشّي الأُمور بل له أساس عقلي، وهو أنّ المبتاع إذا حاول

١ـ لاحظ رسالة: «قاعدتان فقهيتان» لولدنا الروحاني الشيخ حسن مكي: ٥٦ـ٥٧.

٢ـ راجع ص ١٩١ـ ١٩٢ من هذا الكتاب.

الشراء خصوصاً إذا كان المبيع ذات قيمة غالية، لا يتّفق مع البائع على المعاملة إلاّ وفي ضميره أنّ ما يدفعه من السعر مساو للمبيع على وجه التقريب بحيث لو وقف على فقد هذا الوصف وأنّ المساواة منتفية لما أقدم على البيع، وهذا التقيّد وإن كان غير ملفوظ ولا مذكور في العقد لكنّه من القيود المفهومية التي تدل عليها القرائن اللفظية أو الحالية، فإنّ المماكسة في البيع أو السؤال من مراكز مختلفة، أصدق شاهد على أنّه لا يشتري إلاّ بزعم المساواة والمقابلة، وعلى ذلك فهي من القيود المفهوميّة التي لا تحتاج إلى التصريح، وذلك كقيد وصف الصحّة الذي لا يلزم ذكره في متن العقد فلو ظهر معيباً يحكم بجواز الردّ واسترداد الثمن، وليس لأحد أن يعترض بأنّ وصف الصحّة غير مذكور ولا ملفوظ، وذلك لأنّ القيود إنّما يلزم ذكرها فيما لا تكون مفهومة من اللفظ أو من القرينة، وأمّا مثلها فتكفي فيه شهادة الحال أو المقال، فإذا تخلّف القيد وفقد المبيع الوصف الملحوظ فللمبتاع الردّ لأجل التخلّف.

ثمّ إنّ هذا البيان هو الذي أشار إليه الشيخ عند توجيه كلام العلاّمة في التذكرة ونقلناه بنصّه، ولكن أورد عليه بأُمور:

١ـ إنّ هذا الوصف من قبيل الداعي لا من قبيل العنوان فلا يوجب تخلّفه شيئاً، وقد لا يكون داعياً أيضاً كما إذا كان قصده تحصيل المتاع وإن كان ثمنه أضعاف قيمته.

٢ـ إنّ أخذه على وجه التقييد لا يوجب خياراً إذا لم يذكر في متن العقد [1].

١ـ المتاجر: قسم الخيارات، ص ٢٣٤.

يـلاحظ عليـه: أنّه كيـف يدّعـي أنّه مـن قبيل الـدواعي وليس مـن قبيل العناوين؟ فإنّ أساس التجارة (لا البيوع الشاذّة) على الانتفاع، فعدم التغابن أمر مطلوب للمتبايعين، لا يغفل عنه المشتري ولا البـائع، وكونه داعياً بل غير داع في بعض البيوع لا يكـون ملاكاً للقضاء، فإنّ أغلب النـاس إنّما يقدمون على الشراء بعد السؤال عن أمكنة متعدّدة، وبعد الاطمئنـان بالمساواة، يقدمون على المعاملة. وعلى هذا، فهو قيد مأخوذ في المعاملة يتفق عليه الطرفان.

وأمّا عدم ذكـره في متن العقد، فلا يضر لأنّه إنّما يلزم إذا لم يفهـم من قرينة حال أو مقال كـوصف الصحّة، فالأوصاف التي لها تأثير تـامّ في الرغبة ولا يغفل عنها الانسان، لا يلزم ذكـرها في متن العقد، و ما ذكره ـ لو صـحّ ـ فإنّما هو راجع إلى الأوصاف الكماليـة، كالكتـابة في العبد والخيـاطة في الأمة، التـي ربّما لا تكون مطلوبة.

ويمكن الاستئناس بما نقلناه عن جميل بن درّاج في مورد الضيعة، فقد حكم الإمام بالخيار بعد ما بان أنّ جزءاًمن الضيعة يفقد الوصف الذي كان موجوداً في أكثر أجـزاء الضيعة، وقال: لو قلّـب منها ونظر إلى تسعة وتسعين قطعـة ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية [١].

والجامع بين المقام ومـورد الرواية هو فقـد الوصف، ففي المقـام المبيع يفقد وصف المسـاواة للسعـر الـذي أخذه البـائع في مقـابلـه، كما أنّ الجزء الأخير من الضيعة في الرواية يفقد الوصف الموجود في سائر الأجزاء.

وأظن أنّ الاستـدلال ببناء العقـلاء أصلح وأسلـم من الاشكال، ولا يكـاد ينكره ملمّ بالمعاملات الرائجة في العالم بين الناس أو بين الشركات.

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٥، من أبواب الخيار، الحديث ١.

شرائط الخيار:

يشترط في هذا الخيار أمران:

الأوّل: عدم علم المغبون بالقيمة.

الثاني: كون التفاوت فاحشاً.

أمّا الأوّل: فإنّ المغبون إمّا أن يكون جاهلاً بـالقيمة أو غافلاً عنها، أو عالماً بغبنه أو مطمئناً أو ظـانّاً أو شاكّاً، لا شك في ثبـوت الخيار في الصورتين الأوليين سـواء قلنا بـأنّ مـدرك الخيار هـو حـديث تلقّي الـركبـان، ومـا عطف عليـه من الروايات، من كـون غبن المؤمن سحتاً، أو قلنا بأنّ مدركه هـو قاعدة «لا ضرر» أو «بناء العقلاء»، فعلى كـل تقدير فالمبتاع فيهما ذو خيـار بين الفسخ والامضاء، ولا حـاجة لنـا إلى تحليل لفظ الغبـن وتفسيره لما عرفـت أنّ الغبن الشرعي أوسـع من الغبن اللغوي.

كما أنّه لا شـك في عدم الخيار في صـورة الاقدام على المعاملـة مع العلم أو الاطمئنان بـالغبن، وذلك لأنّ المتبادر مـن حديث تلقّي الـركبان هو عـدم العلم بشهادة قوله: «فإذا ورد السوق فهو بالخيار» ، كما أنّ المتيقّن من حديث «لا ضرر» غيرهما، لأنّ الضرر هنـا جـاء من إقـدام المكلّـف في المعـاملـة الغبنيـة مع العلـم والاطمئنان، لا من سـائر الناس ـ كما هو المختـار ـ ولا من الشارع بلزوم الـوفاء، فحكمه حينئذ لا يعد إجحافاً ولا إضراراً .

ربّما يقال: إنّ إقدامه على الضرر ليس إلاّ من بـاب إدخال نفسه في موضوع ضرريّ وقـد بيّـن في محلّـه: أنّ مجرّد ذلك لا يـرفع حكم الضرر، نظير ذلك مـا إذا

شرب شيئاً يضرّ معه الصوم أو الوضوء أو أجنب نفسه متعمّداً مع كونه مريضاً، فالصوم والغسل مرفوعان و إن كان مقصّراً.

أجاب عنه السيّد الطباطبائي بالفرق بين ما لو كان اللزوم حكماً عرفياً قد أمضاه الشارع أو حكماً شرعياً، فعلى الأوّل : الاقدام على البيع الكذائي إقدام على الضرر عرفاً، وعلى الثاني: ليس كذلك، بل الضرر إنّما يأتي من قبل اللزوم الذي هو من مجعولات الشارع نظير إيجاب الوضوء أو الغسل بعد المرض [1].

ولا يخفى عدم وضوح الفرق بين كون اللزوم عرفياً أو شرعياً، لأنّه بعد الإمضاء يكون مثل الحكم التأسيسيّ وانّ إلزام المغبون باللزوم حكم ضرري و إن كان مقصّراً، ولو كان التقصير مؤثّراً في مورد المعاملة فليكن كذلك في مورد الأحكام.

ويظهر من السيد الأُستاذ: أنّه تفطّن للاشكال وأجاب: بأنّ الحكم بالاغتسال الضرري على خلاف الامتنان، بخلاف الحكم بالخيار على المغبون العالم فإنّه على وفاقه لامكان حصول البداء له، فلاحظ.

ومثله بناء العقلاء، لأنّه أقدم مع العلم بعدم المساواة، فلم يكن القيد مأخوذاً في المعاملة ولا موجوداً في ضميره، وقد عرفت أنّ أساس الحكم بالخيار هو تقيّد المعاملة لبّاً با لمساواة.

و إنّما الكلام في صورة الظن بالغبن أو الشك فيها، فالظاهر وجود الخيار، وذلك لأنّه لم يقدم على المعاملة على وجه الاطلاق ولم يرفع يده عن قيد المساواة، كما رفع عنه في صورتي العلم والاطمئنان، ولأجل ذلك لو تبيّن الحال يندم من الاقدام بخلاف صورتي العلم والاطمئنان.

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي قسم الخيارات/ ٣٨.

فروع:

١ـ لو أقدم على غبن يتسامح به فبان أزيد، بما لا يتسامح بالمجموع (مجموع ما أقدم وما لم يقدم) وإن كان كل واحد ممّا يتسامح به./

٢ـ لو أقدم على غبن يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح به منفرداً.

٣ـ لو أقدم على غبن لا يتسامح به فبان أزيد بما يتسامح به منفرداً.

٤ـ لو أقدم على غبن لا يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح.

يحتمل عدم الخيار في الجميع لما عرفت من أنّ الخيار لأجل تخلّف وصف التساوي، ومع العلم بعدم التساوي لا يعقل اشتراطه، والمفروض أنّه عالم بعدمه.

كما يحتمل التفصيل بين ما أقدم على غبن يتسامح فيه، وما لا يتسامح فيه، بالقول بالخيار في الأوّل دون الثاني، لأنّه باقدامه على غبن لا يتسامح فيه قد شطب على قصّة التساوي بقلم عريض، إذ تهيأ لمعاملة غبنية، بخلاف الأوّل فإنّه أقدم بما يتسامح به والاقدام به ليس إقداماً على المعاملة الغبنية لأنّ المفروض أنّ ما يتسامح به لا يطلق عليه الغبن، ويقدم عليه العقلاء كثيراً، فيثبت الخيار مطلقاً سواء كان الزائد بما يتسامح ولكن المجموع مما لا يتسامح أو بما لا يتسامح، أيضاً.

وبعبارة أُخرى أنّه هتك حرمة ماله في الثاني دون الأوّل فيؤخذ بما أقدم

ويظهر من شيخ الشريعة التفصيل ـ فيما إذا أقدم بما لا يتسامح ـ بين كون الزائد

أيضاً مثلـه أو كان ممّـا يتسامح بـالخيار في الأوّل دون الثـاني قائلاً بأنّـه أقدم على ما لا يتسامح فيه بشرط لا، فقد تبيّـن أنّه بشرط شيء [١].

ويلاحظ عليه: **أوّلاً**: أنّه لو صحّ الدليل يجب القول بالخيار في هذه الصورة مطلقاً، سواء كـان الزائد بما لا يتسامح أو ممّـا يتسامح، لأنّه على كل تقـدير أقدم بشرط لا فبان بشرط شيء، اللّهـمّ إلاّ أن يكون المراد من شيء هـو ما لا يتسـامح أيضـاً لا الأعـم منه وممّا يتسامح كما يظهر من ذيل كلامه.

وثانياً: أنّه باقدامه على المعاملة الغبنيـة، أسقط خياره، فثبوت خيار آخر له يحتاج إلى دليل، وكون الزائد ذا مراتب، غير كون الخيار ذا مراتب.

وبذلك يظهر النظـر في كلام المحقّق النائيني حيث قال: قـد يتوهّم أنّ من أقدم على ما يتسـامح فكأنّه أسقط شرط التساوي فلا موجـب آخر للخيار، ثمّ ردّ عليه بأنّ مقدار التفـاوت له مراتب، فقد يسقط المغبون جميعـه وقد يسقط بعضه، فلو أسقط مقداراً خاصّاً فلا وجه لسقوط الخيار رأساً [٢].

يلاحظ عليه: أنّه وإن أسقـط بعض المراتب من التفاوت دون الجميع لكن ليس للخيار إلاّ مرتبة واحدة، فإذا أقـدم على ما لا يتسامح فقد أسقط خياره، ولا معنى لثبـوت الخيار بعـد الاسقاط، وبالجملـة كون التفـاوت ذا مراتـب غير كون الخيـار كذلك، فبـالاقدام على مـا لا يتسـامح يسقط الخيـار من أصل وليس لـه مراتب حتى يسقط بعضها دون بعض.

١ـ نخبة الأزهار في أحكام الخيار بقلم الوالد ـ قدّس سرّه ـ: ص ١٧٩.
٢ـ منية الطالب، ج٢، ص ٦٣.

ما هو الملاك في القيمة ؟

إذا كان الغبن تمليك مـاله بما يزيد على قيمته يقـع الكلام فيما هو الملاك في القيمة، فهل الملاك هو القيمة حال العقد مطلقاً، ارتفعت قيمته بعده أم نزلت أو ثبتت، أو الميزان هو القيمة حال العلم أو الفسخ.

أو يفصل بين القول بثبـوت الخيار حال العقـد ،غاية الأمر العلـم بالغبن كاشـف عنه وشرط متأخّـر، وبين القول بـأنّ ظهور الغبن شرط مقـارن فلا خيـار قبله، فعلى الأوّل الميزان هو القيمة حال العقد وعلى الثاني هو القيمة حال الظهور.

والاحتمالات آتية فيما إذا تمّ البيع، وأمّا إذا لم يتمّ كما في الصرف والسلم، قبل القبض إذا ارتفعـت القيمـة بينهما فإنّ القبـض والاقبـاض من أجـزاء المعـاملـة والقبض هو الجزء الأخير منهـا، فلا شك أنّ الاعتبار بالجزء الأخير، فلـو كان حال العقد مغبونـاً دون حال الاقباض، فالعبرة بـالقيمة الثانية إذ المفـروض عدم تحقّق المعاملة قبله حتى توصف بالغبن وعدمه.

يمكن أن يقال: إنّ الملاك هو حـال الظهور، أمّا حديث تلقّي الـركبان وما عطف عليه من الأخبار فالظاهر من قوله: «فإذا دخل السوق» هو كسب الاطلاع عن القيمة حال الدخول الملازم لظهور الغبن على فرض وجوده اللّهمّ إلاّ أن يقال بنـدرة حدوث الاختـلاف في تلك العصـور بين الفترتين (تلقّي الـركبان ودخـول السـوق) فـلا يكون دليـلاً على أنّ العبرة بـزمـان ظهور الغبـن، لثبـات القيم بين الظرفين غالباً و القيمة حال الدخول تكون نفس القيمة حال البيع.

وأمّا قاعدة «لا ضرر» فيمكن ادّعـاء الانصراف عن صورة التدارك، فالمراد

نفي الحكم الضرري غير المتدارك، والمفروض التـدارك بمساواة الثمن لقيمة المبيع حال الظهور وإن لم يكن كذلك حال العقد.

نعم على القـول بـأنّ مبنى خيـار الغبن هـو الشرط الضمنـي والتـوصيف المفهومي فالمعيار هو قيمة زمان العقـد، لأنّ الخيار لأجل تخلّف الوصف. فالمبتاع أقدم على البيع بقيد التسـاوي بين المبيع وثمنه حال العقد، والمفـروض فقدانه في هذا الظرف فيثبت الخيار، سواء تغيّـر السعر بعده أم لا. أضف إليه ما ذكره الشيخ الأعظم من أنّ الزيـادة حصلت في ملك المغبون والمعاملـة وقعت على الغبن، فلا تكون رافعة للغبن المتقدم.

نعم ما ذكره بعد هذا من احتمال عـدم الخيار من حديث التدارك فإنّما يتم لو كـان الدليل هـو قاعـدة «لا ضرر» لا الشرط الضمني والتوصيف المفهـوم من القرائن.

هل الميزان علم الوكيل أو الموكّل؟

لا شك أنّ الـوكيل إذا كان وكيلاً في مجرد إجـراء الصيغة فقط، فـالميزان في ثبوت الخيـار وعدمه جهل الموكّل وعلمـه، لأنّ المفروض أنّ المساومـة كانت على عاتـق الموكّل، ولم يكن للـوكيل دور سوى إجـراء العقد. إنّما الكـلام فيما إذا كان وكيلاً في المساومة، قال الشيخ:

لـو كان وكيـلاً في المعاملـة والمساومـة فمع علمـه وفرض صحّـة المعاملـة لا خيار للموكّل، ومع جهله يثبت الخيار للموكّل إلاّ أن يكون عالماً بالقيمة، وبأنّ وكيله يعقد على أزيد منها ويقرّره له.

يلاحظ عليه: أنّ المعاملة في الصورة الأولى تقع فضولية لأنّها خرجت عن حدود الوكالة إذ أنّ الوكيل وكيل في مجال صالح الموكّل لا لغيره، فما عن السيد الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ من أنّ الوكالة إذا كانت على نحو التفويض فلا يختلج في ذهن الموكّل آحاد تصرّفات الوكيل بالتفصيل، ليس بتام لأنّ الشراء بها لا يتسامح فيه ليس من الأُمور التي لا تختلج في ذهن الموكّل.

وأمّا الصورة الثانية: أعني: إذا جهل بالقيمة فالظاهر ثبوت الخيار للموكّل، وإن كان عالماً بالقيمة لأنّ علمه بالقيمة لا يضر بثبوت الخيار في نفس المعاملة للوكيل لأنّه طرف العقد والمفروض جهله، وعلم الموكّل بالحال، لا يضرّ إذ ليس واجباً عليه أن يطلعه على الغبن فإذا بان ثبت للوكيل الغبن، وهل يثبت للموكّل مطلقاً أو في صورة جهله بالغبن؟ تقدّم الكلام فيه في خياري المجلس والحيوان.

طرق ثبوت جهل المغبون:

قد عرفت أنّ الخيار يختص بصورة جهل المغبون دون علمه بالقيمة ويعرف جهله بأُمور:

١ـ اعتراف الغابن بجهل المغبون بالقيمة.

٢ـ قيام البيّنة على جهله.

٣ـ ادّعاء المغبون مع يمينه.

لا شك في ثبوت الخيار بالأوّل والثاني، إنّما الكلام في ثبوته بالثالث وهو الذي اختاره الشيخ الأعظم ـ قدّس سرّه ـ فعلى ذلك لو اختلف الغابن والمغبون في

الجهل بالقيمة، فقال الشيخ: يقدّم قول مدّعي الغبن مع يمينه، واستدل عليه بوجوه:

ألف ـ (يؤخذ) بقول مدّعي الغبن مع اليمين لأصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم.

ب ـ إنّه قد يتعسّر إقامة البيّنة على الجهل.

ج ـ ربّما لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال، فتأمّل.

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان القول قول مدّعي الغبن مع يمينه، فمعنى هذا أنّه منكر يقبل قوله بيمينه، وعندئذ ما معنى قوله: «إنّه قد يتعسّر إقامة البيّنة على الجهل» لأنّ حلف المنكر غير مقيّد بعسر إقامة البيّنة عليه إذ ليس من وظيفة المنكر إقامة البيّنة سواء سهلت أم صعبت.

ولو فرضنا أنّه مدع بشهادة قوله: «لعسر إقامة البيّنة عليه» فلا معنى عندئذ لحلفه، إذ الحلف من وظيفة المنكر، والمفروض أنّه مدّع.

نعم يمكن تجويز الحلف عليه إذا لم يكن منكراً بأحد أمرين:

١ـ أن تكون اليمين، مردودة من الغابن المنكر إلى المغبون المدّعي.

فلو كان المراد ذلك لا وجه لتعليله بقوله: «لأصالة عدم العلم» إذ لا يشترط في اليمين المردودة كون قول الحالف مطابقاً للأصل.

٢ـ إذا ادّعى أمراً يعسر إقامة البيّنة عليه فيحلف ولكنّه صحيح لو ثبتت تلك الضابطة في محلّه، ولم تثبت كما اعترف به الشيخ في الفرع الآتي.

وعلى كل تقدير فكلام الشيخ فاقد للانسجام اللازم لمثل كلامه، فلا يعرف

الانسان من هو المدّعي ومن هو المنكر.

ثمّ إنّ تمييز المدّعي عن المنكر أو تمييز المدّعي عن المدّعى عليه كما ورد في النصوص [١] يتوقّف على ضابطة والضوابط المحرّرة في كلامهم هي إحدى الأُمور التالية:

١ـ إنّ المدّعي والمنكر من المفاهيم العرفية كسائر المفاهيم من الأرض والصعيد والمعدن والماء وغيرها فيجب في تشخيص المدّعي من المنكر، الرجوع إلى العرف فهو بصفاء ذهنه يميّز مقيم الدعوى عن الآخر، وهذا هو الحق القراح الذي اختاره شيخ الشريعة الاصبهاني في درسه الشريف [٢] فليس لهما حقيقة شرعية أو متشرعية، بل هما باقيان على ما عليه قبل الشريعة وبعدها، وهذا هو الذي يظهر من سيّدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ [٣].

٢ـ المدّعي من لو تَركَ تُرِكَ بخلاف المنكر، فلا يترك بتركه.

والضابطتان متساويتان.

٣ـ المنكر من وافق قوله الأصل، والمدّعي من خالف قوله الأصل.

ولو كان المراد من الأصل هو الأُصول العامّة من أصل البراءة، عدم الاشتغال فتتحد مع السابقتين، غير أنّ شيخ الشريعة الاصبهاني يصرّ على أنّ المراد من الأصل ليس هو خصوص الأُصول العامة من أصل البراءة و أصل العدم، بل المراد هو الأصل المقرر في المسألة قبل ملاحظة الترافع والتداعي، وهو

١ـ الوسائل: ج١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ٢ و٥ و٦.

٢ـ لاحظ: نخبة الأزهار، تقرير الوالد لدرسه الشريف، ص ١٨٢.

٣ـ المتاجر، ج ٤، ص ٢٩٢.

قد يكون أصالة الصحّة، أوأصالة اللزوم أو أصالة الاشتغال أو أصالة الاستصحاب، وقد يتحقّق في ضمن الأُصول العامّة.

ولو كان هذا هو الضابطة فتغاير الضابطتين السابقتين خصوصاً إذا قلنا بأنّ المقصود من الأصل هو الأصل الأعم الجاري في مصبِّ الدعوى أو نتيجتها فربّما يكون الأصلان مختلفي النتيجة كما في المقام، فلو ادّعى المغبون الجهل والغابنُ العلم فهناك أُصول مختلفة جارية تارة في مصبّ الدعوى (علم المغبون وجهله) وأُخرى في نتيجة النزاع وهي أنّ المعاملة لازمة أو جائزة نظير:

١ـ أصالة عدم علم المغبون، وهذا هو الأصل الجاري في مصبّ الدعوى.

٢ـ أصالة عدم إقدامه على الضرر.

٣ـ أصالة لزوم المعاملة. وهذه والتي تقدمتها جاريتان في نتيجة الدعوى.

فعلى الأوّلين المغبون منكر والغابن مدع لأنّه يدّعي علم المغبون واقدامه على الضرر عمداً وكلاهما منفيان بالأصل، وعلى الثالث ينعكس الأمر فالغابن منكر لمطابقة قوله أصالة اللزوم، والمغبون مدع لمخالفة قوله لهذا الأصل.

وبذلك يتبيّن أنّ الضابطة الثالثة ليست ضابطة قويمة ومرجعاً على الاطلاق وإنّما يرجع إليها لو شلّت الضابطتان الأوّليتان. أو يرجع إليها في مورد الشك، لا في مقام الترافع. فيُعمل بها في حدّ نفسها لا في ظرف المرافعة.

أضف إلى ذلك: أنّ أكثر الأُصول التي أُشير إليها مثبتة في هذه المسألة، فإنّ أصالة عدم العلم لا تثبت كون العقد صادراً عن جهل وعدم علم، كما أنّ أصالة عدم إقدامه على الضرر، لا يثبت كون العقد صادراً بهذا الوصف العنواني،

وبعبـارة أُخـرى: كل من الأصلين المذكـورين قضيـة سـالبـة بانتفـاء الموضـوع، والمقصود استصحابهما على وجـه العدم الناعت أو السالبة بـانتفاء المحمول، ففي الأزل لم يكن عقد فلـم يكن هناك علم ولا إقـدام، والمفروض في حالـة الشك هو وجـود العقـد لكـن نـريـد إتصـافـه بعـدم صـدوره عن علـم واقـدام بـالضرر، واستصحـاب العـدمين الأوّلين واثبـات كـون العقـد لم يصـدر عنهما من أوضـح الأُصول المثبتة.

وبذلك تقف على أنّ أكثـر الأُصول التي تمسّك بها الشيخ في هـذه المسألة والمسائل التالية أُصول مثبتة غفل عنها مؤسّس الأُصول في العهد الأخير، أو جرى مجرى القوم.

٤ـ المنكر مَن وافق قوله الظاهر والمدّعي من خالف قوله الظاهر.

وأظن أنّ هذه الضـوابط اقتنصت من موارد جـزئية، والحق هو الـرجوع إلى الضابطـة الأُولى والثانية أو الثالثـة بشرط أن يكون المراد منها الأُصول العـامة من البراءة وأصل العـدم، وعلى ضوء مـا ذكـرنا فعلى مـدّعي الغبن إقـامة البيّنـة وإلاّ فيحلف المنكـر إمّـا على العلم بـالحال أو على عـدم العلم بـالـواقع كما في سـائر الـدعاوي إذا لم يكن المنكـر واقفاً على الحال لـو قلنا بكفـاية مثـل هذا النـوع من الحلف.

وأمّـا حلف المدّعـي فلا يجوز إلاّ إذا كـانـت اليمين يميناً مـردودة أو قلنـا بالضـابطة التي لم تثبـت وهي جواز الحلـف لكل مدّع تعسر اقـامة البينـة على ادّعائه وهو غير ثابت.

مسألة : لو اختلفا في القيمة

قال الشيخ: لـو اختلفا في القيمة وقـت العقد أو في القيمة بعـده مع تعذّر الاستعلام.

ولا يخفى أنّ العبارة قاصرة عن إفادة المراد و إليك التوضيح:

ألف: إنّ قوله: «ولو اختلفا في القيمـة وقت العقد» يتضمّن صورتين: لأنّ الاختلاف في القيمة وقت العقد تارة يكـون مع الاتفاق على القيمة الفعلية (حال الادّعاء)، وأُخرى مع الاتفاق على القيمة قبل العقد، توضيحها:

١ـ إذا بيـع بثمانية واتفقـا على أنّ القيمة الفعليـة هي الثمانية أيضـاً، ولكنّ البائع يدّعي أنّ السعـر حال العقد كان عشرة، وقد نزل بعـده إلى ثمانية، وبالتالي يدّعي الغبـن. ويقول المشتري: لم يتغيّـر السعـر، فالسعر حين العقـد، هو نفس السعر بعده، فليس هناك غبن. فأصالة عدم التغير توافق قول منكر سبب الغبن.

٢ـ إذا بيع بثمانية واتفقا على أنّ السعر قبل البيع كان عشرة، فالبائع يدّعي بقـاء السعر على مـا كان عليـه إلى حال العقـد، وبـالتالي يـدّعي الغبن، ويقـول المشتري بنزولـه إلى ثمانية وقت العقـد، فلا غبن. فأصـالة عدم التغير تـوافق من يدعي سبب الغبن.

فعلى ضـوء ما ذكـرنا ــ من أنّـه يرجـع في تعيين المدّعي والمنكر إلى العـرف ـ فالمدّعي في الصـورتين هو من يـدّعي الغبن، والنـافي هو المنكر مطلقـاً من غير فرق بينهما، فعلى المدّعي البيّنة وعلى المدّعى عليه اليمين.

وعلى الضابطة الثالثة: أعني كون الميزان في تشخيص المدّعي عن المنكر هو

موافقة الأصل في نفس المسألة ومخالفته، يختلف المدّعي في الصورتين، فبما أنّ الأصل في المقام هو أصالة عدم تغيّر السعر فالقائل بالتغيّر في الأوّل هو المغبون، أعني: البائع حيث يدّعي أنّ السعر حال العقد، غيره بعده، فيكون مدّعياً، فيكون الأصل موافقاً لمنكر سبب الغبن ولكن القائل به في الثاني هو المشتري الغابن حيث يدّعي أنّ السعر قبل العقد، غيره حاله، فيكون مدّعياً.

يلاحظ على نتيجة هذه الضابطة بأمرين:

أوّلاً: أنّ الدعويين في الموردين من مقولة واحدة، فكيف يكون المدّعي في أحدهما هو المغبون وفي الآخر هو الغابن، وهذا يدل على ضعف هذه الضابطة بخلاف ما إذا قلنا بالضابطتين الأوليين، فيكون المغبون هو المدّعي على كل حال.

ثانياً : أنّ أصالة عدم التغيّر مثبتة كما أوضحنا حالها حيث إنّ المتيقّن هو الأصل الأزلي مع فقدان الموضوع والثابت حال الشك ــ على فرض جريان الاستصحاب ـ هو السالبة على فرض وجود الموضوع.

ب ـ إنّ قوله: «أو اختلفا في القيمة بعده» يشير إلى صورة ثالثة وهو أن يكون الاختلاف في القيمة وقت العقد ناشئاً عن الاختلاف في القيمة بعده، مع اتفاقهما على عدم التغيّر ووحدة السعر في الوقتين، ولكن اختلفا في الصغرى أي كون السعر بعد العقد ما هو، فهل هي الثمانية حتى يكون العقد غير غبنيّ، أو العشرة حتى يكون العقد غبنياً، لأنّ المفروض أنّه باع بثمانية ، ومن المعلوم أنّ الأصل الحاكم والضابط ليس أصالة عدم التغيّر لاتفاقهما على عدمه، واختلافهما إنّما فيما هو السعر بعد العقد، حتى يكون هو السعر حينه،

والأصل المرجع في المقام هو أصالة اللزوم، فهو موافق لقول الغابن، ومخالف لقول المغبون.

ومنه يظهـر مقصود الشيخ من العبارة مع خللـه حيث قال: «فالقـول قول منكر سبب الغبن لأصالة عدم التغيّـر، وأصالة اللزوم».

فالأصـل الأوّل راجع إلى الصورتين الأُوليين، على اشكـال عرفتـه، وهو أنّ هذا الأصل لا يوافق قول منكر سبب الغبن مطلقاً، وإنّما يطابقه في صورة واحدة، أعني: الصورة الأُولى دون الثانية بل هو فيها يوافق قول مدّعي الغبن.

كما أنّ الأصل الثاني ـ أصالة اللزوم ـ راجع إلى الصورة الثالثة.

وعلى كل حال ففي الصورة الأُولى والثانية، التغيّـر مختلف فيه، وفي الصورة الثالثة عـدم التغيير مسلّم، بقيت هنا صورة وهي ما إذا اتفقـا على التغيّـر واختلفا في زمانه وهي التي أشار إليها الشيخ في المسألة التالية، وقال:

«مسألة: لو اتفقا على التغيّـر واختلفا في تاريخ العقد[1] ...».

وصور المسألة ثلاثة:

إمّا أن يكون تاريخ التغيّـر والعقد مجهولين.

وإمّا أن يكون تاريخ العقد معلوماً وتاريخ التغيّـر مجهولاً.

وإمّا أن يكونا على العكس.

وأمّا إذا كانا معلومين، فهو خارج عن موضوع البحث لوضوح حكمه.

وعلى ما ذكـرنا مـن الضابطة فمـدّعي الغبن في جميـع الصور يعتبر مـدّعياً

١ـ وفي بعض النسخ: في تاريخه، والضمير راجع إلى التغيّـر، وكلاهما صحيحان.

حسب القضاء ونافيه منكراً.

وأمّا على الضابطة الثالثة فربّما يتصوّرأن الأصل يجري في مجهول التاريخ دون معلومه، فمن كان قوله موافقاً للأصل فهو المنكر، والمخالف مدّع.

يلاحظ عليه مع ضعفه: أنّ مجرىٰ الأصل الجاري في جانب المجهول سواء أكان هو التغيّر أم العقد أصل مثبت، كاستصحاب عدم التغيّر إلى زمان العقد، حيث لا يثبت به حدوث التغير بعده فلا غبن، واستصحاب عدم العقد إلى زمان التغيّر، حيث لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت الغبن ـ كما ذكره الشيخ الأعظم ـ إذ لا تثبت بالأصل الصادق في ظرف عدم الموضوع، القضية السالبة، بانتفاء المحمول في كلا الجانبين.

❋ ❋ ❋

الأمر الثاني: (كون التفاوت فاحشاً) فهذا هو الذي اتّفقت عليه كلمة الفقهاء.

قال المحقّق: من اشترى شيئاً ولم يكن من أهل الخبرة وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به، كان له فسخ العقد إذا شاء [1].

وقال ابن قدامة: المسترسل إذا غبن غبناً يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والامضاء، ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد، وحدّه أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى في الارشاد بالثلث وهو قول مالك، لأنّ الثلث كثير، بدليل قول النبيّ ﷺ : والثلث كثير، وقيل: بالسدس، وقيل: ما لا يتغابن الناس به في

١ـ الجواهر: ج٢٣، ص ٤٤.

العادة، لأنّ ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه إلى العرف [١].

فالتعبير الرائج بين القدماء هو «ما يتغابن الناس بمثله وما لا يتغابن» وقد ورد هذا اللفظ في المروي عن أبي عبد الله في دعائم الإسلام، حيث قال: ينظر في حال السلعة، فإن كان مثلها يباع بمثل ذلك الثمن أو بقريب منه مثل ما يتغابن الناس بمثله، فالبيع جائز، وإن كان أمراً فاحشاً وغبناً بيّناً ... [٢].

وربّما يعبّر عن هذا بما يتسامح الناس وما لا يتسامح كما هو الوارد في كلام الشيخ الأعظم، وقبله في كلام الشهيد الثاني في الروضة.

وعلى أيّ حال فالجميع ناظر إلى أمر واحد وهو أنّ نقيصة الثمن عن المثمن أو زيادته عليه ربّما تكون على وجه لا يتحمّله نوع الناس فعند ذلك يثبت الخيار، بخلاف ما يتحمّله نوعهم، فلا يعتدّون به فلا خيار. وبعبارة أُخرى: ربّما تكون يسيراً بالنسبة إلى المبيع والثمن فلا يعد ضرراً وغبناً وأُخرى تكون كثيراً بالنسبة إليهما.

ودليل هذا الشرط واضح لأنّه إن قلنا: بأنّ مدرك الخيار هو حديث تلقّي الركبان وما عطف عليه، فهو منصرف عن الضرر اليسير بحيث لا يطلق عليه أنّه غبن وتضرّر، كما أنّه لو كان المدرك للخيار هو قاعدة «لا ضرر» فهو مثله فلا يطلق على اليسير الضرر، نعم هو ضرر عقلي وليس بضرر عرفي.

وأمّا إذا قلنا بأنّ مدرك الخيار هو الشرط الضمني وأنّ المتعاقدين يتعاهدان

١ـ ابن قدامة: المغني، ج٣، ص ٥٢٣. وقد ورد قوله: «والثلث كثير» عن لسان النبي الأكرم حيث شاور سعد بن أبي وقاص النبي في أن يتصدّق بثلث ماله، فأجاب النبي بما ذكر.
لاحظ صحيح البخاري: ٨/ ١٥٠ كتاب الفرائض باب ميراث البنات.

٢ـ المستدرك: ج١٣، الباب ١٣ من أبواب الخيار.

على أنّ الثمن يساوي المثمن في القيمة، ومن المعلوم أنّ المراد من المساواة هو المساواة التقريبية لا الحقيقية فلو كان التفاوت يسيراً فلا يعد نقضاً للشرط بخلاف ما إذا كان فاحشاً، ويتضح ذلك إذا لاحظنا أنّ سنّة السوق هو التغابن وأنّ تثبيت قيم الأمتعة في القرون السالفة لم يكن على وجه التحقيق والدقّة بل الأسعار كانت متقاربة، فعلى ذلك فلو تضرّر بشيء يسير فلا يعد خلافاً للعهد بخلاف ما إذا كان التفاوت كثيراً.

وأمّا ما هو المعيار في القليل والكثير فلا شك أنّ المرجع هو العرف، ولا يمكن إعطاء ضابطة كليّة في المقام لأنّه يختلف نظر العرف من حيث اختلاف المبيع من جهة العزّة والندرة، أو الكثرة والوفرة، ومن حيث الزمان والمكان فربّما يعد التفاوت في عام الجدب والغلاء تفاوتاً يسيراً بخلافه في زمان الخصب والرخاء، كما أنّ ندرة الشيء و عزّته يؤثّر في قضاء العرف في كون التفاوت فاحشاً أو غير فاحش فالأولى إرجاع التقدير إلى العرف، كما نقله ابن قدامة في كتابه.

كون التفاوت يسيراً أو كثيراً أمر نفسيّ لا نسبيّ:

إنّ كون التفاوت يسيراً أو كثيراً، موجباً للضرر أو لا، أمر نفسي لا نسبي، فتلاحظ المعاملة بما هي هي مع قطع النظر عن المتعاملين، من حيث إنّهما غنيان أو فقيران أو بين غني وفقير، فلو كان التفاوت بالنسبة إلى نفس المعاملة من حيث المبيع والزمان والمكان فاحشاً يثبت الخيار، وإن كان المغبون ثريّاً لا يؤثّر هذا المقدار من الضرر في حقّه، وإن لم يكن كذلك فلا يوجب الخيار وإن كان المغبون فقيراً محتاجاً إلى نفس هذا التفاوت وما ذلك إلاّ لأنّ البيع ربط بين المالين، وليس

ربطاً بين المالكين، وقد عرف بأنّه تمليك مال بمال، بخلاف النكاح فإنّه علاقة وثيقة بين الزوجين، ولأجل ذلك يقول سبحانه: ﴿**وَأَنكِحُوا الأيامى مِنكُمْ والصَّالِحِينَ مِنْ عِبادِكُمْ وإِمائِكُمْ**﴾ (النور/ ٣٢) ومثله عقد الصلح، يقول سبحانه: ﴿**إِنَّما المُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَويْكُمْ**﴾ (الحجرات/ ١٠).

نعم يبقى هناك سؤال إذا كان الميزان في اليسير والكثير هو نفس المعاملة فلماذا أفتى المشهور بوجوب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته إذا كان متمكّناً دون ما إذا كان فقيراً، فيظهر من هذا أنّ الضرر هنا نسبي وحالي لا نفسي ومالي.

وقد أجاب الشيخ عن الاشكال بوجهين:

١ـ اعتبار الضرر المالي بما هو هو لأنّه ضرر في نفسه من غير مدخلية لحال الشخص، وتحمله في بعض المقامات، إنّما خرج بالنص.

٢ـ إنّ بذل المال الكثير في مقام امتثال التكليف، لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص، بل لأجل عدم كونه ضرراً بملاحظة ما بازائه من الأجر، كما يشير إليه قوله بعد شرائه ماء وضوئه بأضعاف قيمته: «إنّ ما يشترىٰ به مال كثير» [1].

يلاحظ على الأوّل: أنّ لسان «لا ضرر» آب عن التخصيص، مثل قوله: «لا رهبانية في الإسلام» و «لا رضاع بعد فطام» و «ليس لعرق ظالم حق».

ويلاحظ على الثاني: إذا كان الأجر الأُخروي جابراً للضرر فليكن كذلك في مورد الحرج، مع أنّهم يقولون بأنّ الضرر لو كان مجحفاً بالمكلّف انتفى بأدلّة نفي الحرج.

١ـ المتاجر: قسم الخيارات، ص ٢٣٧.

والأولى أن يجاب: بأنّ قاعدة «لا ضرر» مختصّة بباب المعاملات، ولا تعمّ العبادات، وذلك لأنّ موردها ومورد غيرها من الروايات الواردة في هذا المجال، هو إضرار الناس بعضهم ببعض، ففي هذا المقام ورد قوله ﷺ: «لا ضرر و لا ضرار...» وذلك يحدّد معنى الرواية ومصبّ القاعدة، وقد عرفت منّا أنّ النفي فيها بمعناه لا بمعنى النهي، كما عليه شيخ الشريعة ـ قدّس سرّه ـ فالقاعدة تتحدث وتخبر عن عدم الضرر في المجتمع الإسلامي، والمسوّغ لهذا الإخبار ـ مع عدم كونه في الواقع كذلك ـ هو خلو صفحة التشريع عن الحكم الضرري وعدم امضائه كل عمل من المكلّفين موجب لايقاع الضرر على الناس، وفي هذا المجال الذي يتضارب فيه الناس، ويورد بعضهم ضرراً على بعض، ينادي الشارع ويقول: «لا ضرر ولا ضرار ...» ومعه كيف يصحّ القول بشمولها لباب العبادات التي ليس للناس فيها دور في إيقاع الضرر، وإنّما المنشأ له هو أمره سبحانه بالصوم والتوضّؤ لمن يضرّانه، وعلى ضوء ذلك فيفترق البابان من حيث الملاك ففي باب المعاملات يكون الملاك هو ملاحظة نفس المعاملة كما هو مقتضى قاعدة «لاضرر» ، وفي غيره يكون الملاك ما يحدّده النص، نعم لا مانع من شمول قاعدة «لا حرج» لكلا البابين، لعمومية قوله سبحانه: ﴿وما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾ (الحج/ ٧٨) وهو يتحدّث عن عدم جعل الحرج في الشريعة الغرّاء، والجعل يعم كل مورد فيه للشارع تشريع تأسيساً أو امضاءً.

ثمّ إنّ الشهيد ذكر في الروضة والمسالك تبعاً لجامع المقاصد أنّ المغبون إمّا أن يكون هو البائع أو المشتري أو هما معاً، فأشكل عليه بعض الفضلاء في تعليقته على الروضة بعدم إمكانه، وقدنقل الشيخ فروضاً خمسة لامكانه، وزاد شيخ

الشريعة[1] فرضاً سادساً، وليست المسألة أمراً مهماً.

مسألة: هل ظهور الغبن محدِث للخيار أو كاشف عنه؟

هذه المسألة عَنونها الشيخ في المتاجر ولم يسبقه إليها فقيه آخر، واستظهر من عبارات القوم تارة كونه محدثاً للخيار وأُخرى كاشفاً.

وذكر للمسألة ثمرات مختلفة نشير إليها:

١ــ إذا تخيّل المشتري أنّ المبيع معيب ولم يكن كذلك بل كان المشتري مغبوناً ففسخ ثمّ ظهر الغبن فعلى القول بكونه محدثاً لا تأثير للفسخ، دونما إذا قلنا بكونه كاشفاً، فقد كان له السلطة على إزالة العقد واقراره، فإذا ظهر الغبن، أثّر في الفسخ، غاية الأمر اشتبه في سبب السلطة، فهو أشبه بالخطأ في التطبيق.

٢ــ لو أسقط الخيار قبل ظهوره فعلى الأوّل يكون مِن قبيل اسقاط ما لم يجب، دون الثاني.

٣ــ لو تلف قبل ظهور الغبن، وقلنا بعموم قاعدة «التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له» وشمولها لمثل هذا الخيار فعلى القول بكونه محدثاً فالتلف على المغبون، إذ لا خيار في البين، وبما أنّه تلف تحت يده يكون التلف عليه، بخلاف ما إذا قلنا بكونه كاشفاً، فالمغبون يكون ذا خيار فيحسب على من لا خيار له وهو الغابن.

٤ــ جواز التصرّف قبل ظهور الغبن فيما انتقل إلى الغابن العالم بالموضوع، فلو قلنا بكونه محدثاً يجوز له التصرّف فيما انتقل إليه، لأنّ المعاملة لازمة وليس هناك حق للمغبون فيما انتقل إليه، بخلاف ما إذا قلنا بكونه كاشفاً فلا يجوز له

١ــ نخبة الأزهار، ص ١٨٣.

التصرّف لأنّه تعلّق به حق المغبون، فلا يجوز للغابن التصرّف فيه.

هذا خلاصة ما يستفاد من كلام الشيخ بعد تلخيصه وتنظيمه، وأمّا ترجيح أحد القولين فيتوقّف على لحاظ ملاك الخيار ، وقد عرفت أنّه استدلّ بوجوه ثلاثة:

١ـ حديث تلقّي الركبان وما عطف عليه من الأحاديث فقد ورد فيه: «فإذا دخل السوق فله الخيار» فربّما يستظهر منه كون ظهور الغبن محدثاً للخيار، حيث رتّب الخيار على الدخول الملازم لظهور الغبن.

يلاحظ عليه، **أوّلاً**: أنّ أقصى ما تدل عليه القضية الشرطية وجود الخيار عند دخول السوق، وأمّا عدمه قبل الدخول، فلا يدل عليه، إلاّ إذا قلنا با لمفهوم، وهو ممنوع إلاّ فيما ثبت كون المتكلّم في مقام بيان العلّة المنحصرة.

وثانياً: أنّ الخيار و إن رتّب على دخول السوق، لكن دخول السوق طريق إلى العلم بالغبن حين المعاملة، فعندئذ يكون معنى الحديث «إذا دخل السوق وعلم بالغبن فله الخيار» من زمان وجود الغبن وحدوثه، ولو لم يكن الكلام ظاهراً فيه فلا أقل أنّه أحد المحتملين.

٢ـ قاعدة «لا ضرر» ، فربّما يستظهر منها أنّ المستفاد منه هو كون ظهور الغبن محدثاً للخيار بدعوى أنّه مع الجهل لا يكون الضرر مستنداً إلى الشارع، بل إلى جهله، فالحكم باللزوم، إنّما يكون ضررياً إذا استند الضرر إليه مع أنّ الضرر مستند إلى جهله، فليس لحكم الشارع باللزوم تأثير في تضرّره لكونه جاهلاً با لموضوع. نعم لو كان حكمه باللزوم بعد ظهور الغبن لكان الضرر مستنداً إلى حكم الشارع.

واختاره بعض الأجلّة وملخص ما قال: إنّ لنا دليلين، محكوماً وحاكماً وهما ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ وقاعدة «لا ضرر» ولابد في تحكيم الثاني على الأوّل من الاقتصار على مدلوله، وهو رفع كل حكم ينشأ منه الضرر أو يكون سبباً لبقائه واللزوم في

المعاملة الغبنية كذلك إلاّ في حق الجاهل با لموضوع فيبقى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ بالنسبة إليه سليماً عن الحاكم وتكون أصالة عدم تأثير الفسخ واستصحاب بقاء الملك محكّماً.

وبعبارة أُخرى: انّ جعل اللزوم في حقّه ما دام جاهلاً با لموضوع ليس ضررياً مستلزماً لحدوثه أو بقائه، ولا جعل عدم اللزوم رافعاً.

فإن قلت: لازم ذلك بقاء اللزوم وعدم تأثير الفسخ إذا كان جاهلاً بالحكم، لأنّ حكم الشارع باللزوم ليس منشأً للضرر ما دام جاهلاً بالحكم، مع أنّ المسلّم خلافه، لاشتراك الحكم الالهي بين العالم والجاهل، فليكن الجهل با لموضوع مثل الجهل بالحكم.

قلت: إنّ تقييد الحكم الشرعي (الخيار) بالعلم محال لاستلزامه الدور الواضح بخلاف تقييده بالعلم با لموضوع [1].

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره مخالف لاطلاق «لا ضرر» فإنّ مفاده هو عدم جعل حكم ضرري وعدم امضائه سواء كان النفي مؤثّراً في رفع الضرر في الحال أو في المستقبل، والتفريق بين الجهل بالموضوع والعلم به، مبني على كون المطلق ناظراً إلى الحالات فيفرّق بينهما بحجّة أنّ الحكم باللزوم ليس مجلباً للضرر في الصورة الأُولى، مع أنّ هذا خلاف المختار في باب الاطلاق، بل معناه هو كون الطبيعة تمام الموضوع للحكم، وفي المقام الحكم الضرري تمام الموضوع للنفي. والمفروض أنّ اللزوم حكم ضرري في حق المغبون، وكونه غير مؤثّر في بعض الحالات ومؤثّراً في البعض لا يصير سبباً لدفع الاطلاق.

وأمّا ما ذكره في دفع النقض الوارد في كلام السيد الطباطبائي، فهو أيضاً

١ـ نثارات الكواكب: ١٠٧.

مخدوش إذ لا مانع من تقييد الأحكام بالعلم بنحو نتيجة التقييد أو التخصيص [١] كما في غير مورد من الأحكام.

٣ـ ما اعتمدنا عليه من أنّ العقد مبني على قيد المساواة بين الثمن والمثمن في القيمة.

فإذا كان هذا مبنى الخيار فيكون من زمان التخلّف لأنّه معلول فقد الشرط واقعاً، والعلم طريق إليه.

فظهر أنّ المتبادر من الأدلّة كون الظهور كاشفاً لا محدثاً، إنّما الكلام في الآثار المترتّبة على القولين في كلام الشيخ والظاهر عدم وجود ثمرة مترتّبة على البحث.

أمّا الأوّل: فلا يخفى أنّه ثمرة نادرة وعلى فرض صحّته يلزم الفرق بين كون العيب داعياً أو قيداً، فيسقط الخيار على الأوّل دون الثاني، لأنّه أسقط الخيار المقيّد بالعيب لا مطلقاً، وسيجيئ توضيحه.

أمّا الثاني: فلأنّ الاسقاط صحيح على كلا القولين، لما قلنا من أنّه يصحّ الاسقاط مع وجود المقتضى.

وأمّا الثالث: أنّ قاعدة التلف في زمن الخيار مختصّة بالخيارات الثلاث: المجلس والحيوان والشرط كما أوضحنا فلا يعمّ خيار الغبن.

وأمّا الرابع: فهو مبني على منع التصرّف في أيّام الخيار، وسيوافيك حكمه عند البحث عن أحكام الخيار وأنّه يجوز لغير ذي الخيار التصرّف فيما انتقل إليه، وإن كان متعلّقاً لحق الغير، غاية الأمر أنّه لو فسخ يرجع الفاسخ إلى المثل أو القيمة.

١ـ لاحظ الجزء الثاني بحث أقسام القطع من فوائد الأُصول للكاظمي تقريراً لبحث استاذه النائيني.

في مسقطات خيار الغبن

البحث عن المسقطات فرع ثبوت كون الخيـار من الحقوق القابلة للاسقاط فالبحث عنه مقدم على البحث عن المسقطات، وقد تركه الشيخ من أصل فنقول: إنّ الظاهر من أدلّة خيار الغبن، هو كونه من الحقوق القابلة للاسقاط.

قد عـرفت أنّ الأساس لثبوت خيـار الغبن هو حكم العقـلاء بأنّ للمغبون الخيـار بين الفسخ والامضـاء، وأنّ مبنى حكمهم هـو وجـود الشرط الضمني بين المتعاقدين، المفهوم من القرائن الحافّة بالعقود، من حديث تساوي الثمن والمثمن في القيمة، فإذا تخلّف فلا يكون للمغبون أيّ التـزام بحفظ العقد لأنّ ما عقد عليه غير ما هـو الواقـع في الخارج، فعلى ذلك يصحّ إسقاطـه فيما يصحّ إسقـاط سائر الحقوق.

ولو قلنـا بأنّ الأسـاس هو حديـث تلقّي الركبـان، فإنّ قولـه: «وإذا دخل السـوق كـان لـه الخيـار» اشـارة إلى مـا هـو المرتكـز في الأذهـان أي الخيـار المعهود بين العقلاء عند تخلّف الشرط أو الـوصف، وتوهّم أنّ المراد منه هو الجواز الحكمي الشرعي الـذي لا يصح إسقـاطه خلاف الظـاهر، مضـافاً إلى أنّـه يحكم للمغبون بـالخيار ، ويقـول: فله الخيـار، لا أنّ العقد خيـاريّ، حتى يصحّ تفسيره بالجواز الشرعي الذي لا يسقط.

وأمّا إذا قلنـا: بأنّ الأسـاس هو قـاعدة «لا ضرر» فـاثبات كـون الجواز بعد

جريانها هو الجواز الحقّي دون الحكمي يحتاج إلى دليل، فإنّ رفع الضرر كما يحصل بتبدّل اللـزوم الحقّي إلى الجواز الحقّي، كـذلك يحصل بتبدّلـه إلى الجواز الحكمي، اللّهمّ إلاّ أن يستأنس الفقيـه بأنّ المتبادر عند العـرف تبديل اللـزوم الحقّي بجواز حقّي مثله.

وعلى ذلك فـاسقـاط الخيـار أمر صحيـح على أكثر المبـاني أو جميعهـا. إذا عرفت ذلك فنبحث عن المسقطات:

الأوّل: الاسقاط بعد العقد:

إنّ للاسقاط بعد العقد صورتين:

ألف ـ الاسقاط بعده وبعد ظهور الغبن.

ب ـالاسقاط بعده وقبل ظهور الغبن.

أمّا الأوّل: فيصـحّ إذا أسقطـه مع العلـم بمـرتبـة الغبن، أو أسقطـه مـع الجهـل بها، لكن أسقـط الغبـن المسبب عـن أيّـه مـرتبـة كـان، إنّما الكـلام في صـورة أُخرى، أعنـي: إذا أسقطه بـزعم أنّ التفـاوت ربع، فظهـر النصف، ففيـه وجوه:

يمكن أن يقال بعـدم السقوط لعدم طيـب النفس بسقوط هذا المقـدار من الحق، وهذا كما إذا أسقط حق عِرْض بزعم أنّه شتم، فبان أنّه قذف.

ويمكن القول بـالسقوط لأنّ الخيار أمـر واحد مسبّب عن مطلـق التفاوت الـذي لايتسامح بـه، فإذا أسقـط أثر التفـاوت الذي لا يتسـامح بـه ـ وإن كـان متحقّقـاً عنده في الـربع ـ فقـد أسقط الخيـار، على وجه الاطـلاق وكون التفـاوت

مختلف المراتب غير كون الخيار متعدّداً، وقد تقدّم نظير ذلك فيما إذا أقدم على الغبن بما لا يتسامح فبان أكثر بما لا يتسامح أيضاً.

وأمّا عدم سقوط حق القذف إذا عفى عن حق الشتم، فلأجل أنّ الحقّين متغايران، فلا يكون إسقاط أحدهما دليلاً على إسقاط الآخر.

والحق هو التفريق بين كون التفاوت داعياً وكونه قيداً، فإن أسقط الخيار بداعي أنّ التفاوت ربع، فقد أسقط مطلق الخيار لعدم كون الداعي قيداً بخلاف ما لو أسقط الخيار المقيّد بكون سببه الربع، فلا يسقط مطلق الخيار، لأنّ الساقط غير الواقع، ولا بأس بتعدّد الخيار بتعدّد القيد، فإنّ الجزئي كزيد شيء واحد، ولكن يمكن فيه تصوّر الكثرة بالقيود الواردة عليه كزيد المتعمّم وزيد المجرّد عن العمامة، ولأجل ذلك قلنا في محلّه بأنّ للجزئي عموماً أحوالياً وإن لم يكن له عموم أفرادي.

وهذا كما إذا اقتدى بشخص بزعم أنّه زيد فبان أنّه عمرو فقد فرّقوا بين كون الاعتقاد بكونه زيداً داعياً للاقتداء بالإمام الحاضر أو قيداً، ففي الفرض الأوّل اقتدى بالإمام الحاضر، غاية الأمر طبّقه في زعمه على أنّه زيد، بخلاف الاقتداء في الفرض الثاني، فإنّما اقتدى بالحاضر بما أنّه زيد، وقد بان التخلّف، بحيث لو كان عالماً من أوّل الأمر أنه عمرو لم يقتد به، ومثله ما إذا قال رجل: ادخل ياصديق وكُلْ من الغذاء، فإذا علم أنّ التوصيف بالصداقة من باب الداعي وأنّه لو لم يكن صديقاً أيضاً لدعاه إلى الدخول، لجاز له الدخول والأكل من الغذاء، بخلاف ما إذا علم أنّه قيد وأنّه لولا الصداقة لما دعاه إلى بيته ولما طابت نفسه للأكل من غذائه، فيحرم عليه الدخول ويضمن قيمة الغذاء.

هـذا كلّه إذا أُسقـط بلا عـوض، وأمّـا إذا أُسقط بعـوض بمعنى المصـالحة عنـه به، فـلا اشكـال فيه مـع العلم بمـرتبة الغبـن أو التصريح بعمـوم المراتـب، ولـــو اطلق وكـــان لـلاطـــلاق منصرف كما لـو صـــالـح عن الغبـن المحقّـق في المتـــاع المشتري بعشريـن، بـــدرهـم، فـإنّ المتعـارف في مثـل هـــذه المعـاملـــة هـو كـون التفـاوت أربعـة أو خمســـة في العشرين فيصـالـح عن هـذا المحتمـل بدرهم، فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشرة، فقد ذكر الشيخ أنّ في بطلان الصلح وجهين:

والأولى أن يقـال: إنّ المنصرف إليـه (الغبـن المتعـارف) لـــو كـان قيـداً في نظـر العرف تكـون المصـالحة باطلـةً، وإلاّ فلا ، وتصـوّر جـريان حكـم الغبن في المصالحة أمر بعيد لما ذكرنا أنّ المصالحة مـن العقود المحاباتية، ومثل ذلك لا يقبل الغبن.

وأمّا الثاني: أعني: إسقاطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن فيجوز إسقاطه قبل ظهـور الغبن، ومـرّ نظيره في الخيارات السـابقـة، والاشكـالات المتوهّمة في المقـام مندفعة وإليك بيانها:

١ـ إنّ إسقاط الخيـار على وجه التنجيـز يتـوقّف على العلم بـه، وهو بعـد مشكـوك ،سواء قلنـا بأنّ ظهور الغبـن كاشف عنـه عقلاً أو محدث وشرط شرعـاً، واسقاطه على وجه التعليق ينافي الجزم في العقود والايقاع.

يـلاحظ عليـه: أنّـه لا دليل على بطـلان التعليق فيهما إلاّ الاجماع، والقـدر المتيقّن منـه ما إذا كـان التعليق على مـا لا يكون الانشـاء معلّقـاً عليه في الـواقع، كقدوم الحاج ودخـول الشهر، وأمّـا التعليق على ما هـو معلّق عليه واقعـاً فخارج عنـه، ســواء تكلّم بـه أم لا، وهـــذا كما في طـلاق مشكـوك الـزوجيـــة، واعتـاق

مشكوك الرقية، وابراء ما احتمل الاشتغال به، أو الابراء عن العيوب المحتملة، وضمان درك المبيع، فالاسقاط في الجميع صحيح سواء أكان في مقام الانشاء منجزاً أم معلّقاً.

٢ـ انّه اسقاط ما لم يجب، وهذا يختصّ بما إذا كان الظهور شرطاً شرعياً للخيار لا كاشفاً عنه إذ على الثاني فهو اسقاط لما وجب ـ لو كان مغبوناً ـ وأمّا على الأوّل، فهو اسقاط لما لم يجب حتى ولو كان مغبوناً في الواقع، لأنّه إنّما يثبت الخيار، إذا تحقّق الشرط وظهر الغبن.

يلاحظ عليه بما ذكرنا سابقاً من أنّه يكفي في صحّة الاسقاط الاعتباريّ، وجود الأثر ولو بعدَ تبيّن الخيار، والعقلاء يكتفون في المقام بوجود المقتضي وهو العقد، و إن كان الخيار في المستقبل.

٣ـ الاشكال من حيث العوض المتصالح به لأنّ الاسقاط في مقابل جرء من القيمة، فأحد الجزأين متحقّق دون الآخر وهو الخيار.

يلاحظ عليه: أنّ العوض هو احتمال الخيار، وهو أمر متحقّق، وليس العوض الخيار الواقعي، بحيث لو تبيّن الخلاف، لا يكون الاسقاط خالياً عن العوض، نعم لو كان العوض الحقَّ الواقعي على فرض وجوده وتبيّن عدمه يلزم ما ذكر.

هذا كلّه حول المسقط الأوّل أي الاسقاط بعد العقد.

و إليك الكلام في المسقط الثاني:

الثاني: اشتراط السقوط في متن العقد:

يرد على هذا النوع من الاسقاط ما تقدم من الاشكالات المذكورة في الخيارات السابقة فلا نعيد، نعم هنا اشكال خاص وهو لزوم الغرر وهو موجب للبطلان.

يلاحظ عليه: أنّ المراد من الحديث النبوي أي النهي عن بيع الغرر، أحد الأمرين:

ألف ـ ما اشتمل على الخدعة والحيلة كالتدليس في المبيع.

ب ـ ما إذا كان نفس البيع خطرياً كبيع الطير في الهواء، والسمك في الماء، واشتراء ما في اليد المردّد بين كونه من الفضّة أو الذهب، واشتراء الصبرة من الحنطة المردّدة بين طن أو أطنان.

وبهذا المعنى يصدق الغرر على ما إذا كان المبيع مجهول الذات، أو مجهول الصفات، بل مجهول المقدار كما مثلناه.

إنّما الكلام في شموله مجهول القيمة، لكنّه على قسمين: تارة يكون السعر مجهولاً بتاتاً، كما إذا تردّدت قيمة الشيء بين دينار وألف دينار ، فاشتراه بألف دينار، وأُخرى يكون معلوماً في الجملة لكنّه محتمل الزيادة، فشمول النبوي لهذا القسم مورد تأمّل بل منع، وإلاّ يلزم بطلان أكثر المعاملات، ولا يكون الخيار مصحّحاً للمعاملة وإلاّ يلزم تجويز كل معاملة غررية بالخيار.

أضف إلى ذلك: أنّ رافع الغرر هو الفسخ دون الخيار، فيلزم أن تكون المعاملة حتى مع الخيار مصداقاً للغرر فتبطل.

نعم لا يرد عليه أنّه مستلزم للدور، بتصوّر أنّ الخيار فرع صحّة البيع ولو كانت صحّته متوقّفة على الخيار فهو الدور، لأنّ الدور في المقام معيٌّ، والخيار والصحّة متحقّقان معاً.

الثالث: تصرّف المغبون بعد العلم بالغبن:

إذا تصرّف المغبون فيما اشترى بعد علمه بالغبن، فهل يسقط الخيار مطلقاً أو فيه التفصيل. ولنذكر أقسامه:

١ـ إذا تصرّف في المبيع تصرّفاً كاشفاً عن رضاه الفعلي بالبيع، فلا شكّ في كونه مسقطاً، لأنّ الاسقاط الفعلي كالاسقاط القولي فكما لا يشك أحد في كون الثاني مسقطاً فكذا الأوّل، وعندئذ يكون التصرّف في المبيع انشاءً فعلياً للاسقاط.

٢ـ إذا تصرّف فيه تصرّفاً يُستدل بنوعه على رضا المتصرّف نوعاً با لبيع، وإن لم يعلم إلتزامه الفعلي به، وهذا أيضاً مسقط للخيار أخذاً بعموم العلة الواردة في صحيحة علي بن رئاب حيث قال: فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة أيّام، فذلك رضا منه فلا شرط [1] وقد تقدم عند البحث عن خيار الحيوان، أنّ المراد من إحداث الحدث هو التصرّف المغيّر، لا مطلقه، خرجت تقبيل الأمة ولمسها من الضابطة بالدليل الشرعي، وبما أنّ الحديث بصدد اعطاء الضابطة يمكن الاستدلال به في غير مورده، إذ العبرة بعموم التعليل، ولا يتبادر إلى الذهن اختصاصه با لمورد، وحاصل التعليل أنّ تصرّف ذي الخيار يُتلقّى منه كونه راضياً سواء أرضى أم لا، وهذا يَعمّ جميع الأبواب.

١ـ الوسائل: ج١٢، باب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

ثم لو قلنا بعموم أدلّة الخيار لصورة التصرّف، يكون عموم التعليل مخصِّصاً، وإن قلنا بقصورها يكون هو المرجع ومقدَّماً على استصحاب الخيار تقدم الدليل الاجتهادي على الأصل العملي.

٣ـ إذا تصرّف فيه ـ بعد العلم بالغبن ـ تصرّفاً لا يكشف عن الالتزام الفعلي أو النوعي، فالظاهر بقاء الخيار لوجود المقتضى وهو إطلاق أدلّة الخيار وعدم المقيّد.

توضيح ذلك: أنّ الاجماع الذي هو أحد الأدلّة في خيار الغبن وإن كان قاصراً لاثبات الخيار حينئذٍ لكونه دليلاً لبيّاً، إلاّ أنّ اطلاق حديث تلقّي الركبان قائم بحاله، والمغبون وإن كان فيه هو البائع، ولكنّه لا خصوصيّة له، ومثله قاعدة «لاضرر»، فإنّ ملاك الخيار هو كون المغبون متضرّراً، وهو قائم بحاله، سواء كان هناك تصرّف أو لا، والحكم بلزوم المعاملة عليه في هذا الحال حكم ضرري وقياسه ـ في كلام الشيخ ـ بالاقدام على المعاملة الغبنية مع العلم، قياس مع الفارق، لأنّ الاقدام هناك دليل على الرضا بالغبن دون المقام، إذ المفروض أنّ التصرّف غير كاشف عن الالتزام لا شخصاً ولا نوعاً.

ومثله حديث المساواة بين الثمن والمثمن في القيمة، لبناء العقلاء على الخيار في المقام، فهو مُحكَّم في المقام، فأدلّة الخيار جارية بلا مخصّص، وما نقل من بعض معاقد الاجماعات من أنّ تصرّف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازة، وفيمن انتقل عنه فسخ، فالمتيقّن منه هو الصورتان الأوليان لا مثل المقام، إذ ليس في البين إلاّ التصرّف المجرّد عن كل شيء.

ولو شككنا في شمول أدلّة الخيار، فالمرجع عند الشيخ الأعظم ـ قدّس سرّه ـ هو استصحاب حكم المخصّص، أعني: الخيار، لا الرجوع إلى العام أعني:

﴿**أوفوا بالعقود**﴾ لما تقـرّر في محلّه مـن أنّ الـزمان إذا كـان ظـرفـاً للعام، لا قيـداً للموضـوع حتى يكون كل فرد مـن أفراد العام في كل قطعة مـن الزمان موضـوعاً مستقلاً، بل يكون الفرد في جميع الأزمنة فرداً واحداً للعام ، ففي مثله إذا خرج فرد في فترة من الزمان كقبل التصرّف من عموم العام مثل ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ ثمّ شككنا في بقائه على الحكم السابق، بـالتصرّف المجرّد، يستصحب حكم المخصّص إذ لا يلـزم من اسراء الحكم إلى زمـان الشـك، تخصيص زائد، بل يكـون خـروجـه قبل التصرّف وبعده، تخصيصاً واحداً لا تخصيصين.

نعم لو كان العقد الخياري قبل التصرّف فرداً وبعد التصرّف فرداً آخر، يكون المرجع هـو العام لا استصحـاب حكم المخصّص، لعـدم بقاء الحالـة السابقـة، ومغايرة القضية المشكوكة مع القضية المتيقّنة.

لكن المرجع عنـدنا مطلقـاً هو عمـوم العام فـإذا قال: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ ، ودلّت مقدمات الحكمة على كون الحكم ثابتاً في جميع الأزمان فهو حجّة مطلقاً في غير ما دلّ الدليل على عـدم وجوبه في قطعة خاصـة، فكما إذا شكّ في خروج فرد آخر في قطعة من الزمان، يكون المرجـع هو عموم العام، فهكذا إذا شكّ في خروج فرد أزيد ممّا دلّ عليه الدليل.

وتوهّم أنّ دخـول الفرد تحت العام، بعد خـروجه عنه يتوقّـف على الدليل، مدفوع بأنّ هذا إنّما يتمّ لو كان الخروج أفرادياً أي يخرج الفرد عن تحت العام بما هو فـرد، لا أزمـانيـاً أي يخرج الفـرد عن تحتـه «بما هـو واقـع في تلك القطعـة مـن الزمان» لا الخروج من رأس، حتـى يحتاج الدخول إلى دليل آخر بل هـو باق تحته كما كان.

الرابع: تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن:

إذا أتلف الجاهل بالغبن العين المغبون فيها تلفاً حكمياً [١] كما إذا باعها من ثالث بعقد لازم أو اعتق العبد أو أوجد مانعاً من الردّ كاستيلاد الأمة فهل يسقط خياره أو لا؟

المشهور بين المتأخّرين هو سقوط خياره. قال المحقّق: ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرّف (السابق على ظهور الغبن) إذا لم يخرج عن الملك أو لم يمنع من ردّه كالاستيلاد في الأمة والعتق، وعلى ذلك جرى العلاّمة في القواعد والمتأخّرون بعده، ولم يذكره من المتقدّمين سوى الشيخ، قال في خيار المشتري مرابحة عند كذب البائع: أنّه لو ملك السلعة أو تصرّف فيها سقط الردّ.

وبما أنّ إتفاق المتأخّرين في هذه المسألة لا يكشف عن دليل شرعي وصل إليهم ولم يصل إلينا فاللازم دراسة المسألة في ضوء الأدلّة.

استدلّ القائل بالسقوط بأنّ المتيقّن من أدلّة الخيار إنّما هو إذا أمكن ردّ العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردّها، فلا دليل على جواز الفسخ، وتضرّر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرّر الغابن بقبول البدل، فإنّ دفع الضرر من الطرفين، إنّما يكون بتسلّط المغبون على ردّ العين.

يلاحظ عليه: أنّ المقتضي لبقاء الخيار موجود، والمانع المتوهّم غير مؤثّر.

أمّا الأوّل: فلأنّ ملاك الخيار في باب الغبن، هو بناء العقلاء المبتني على

١ــ أمّا التلف الحقيقي فسيأتي حكمه في البحث عن اتلاف الغابن تحت عنوان «حكم تلف العوضين» فلاحظ ص٢٦٦.

تعهّد الطرفين على المساواة بين الثمن والمثمن في القيمة، وقد تبيّن عدمها، وهذا الملاك موجود قبل التصرّف وبعده على وجه سواء فلا وجه لسقوطه مع التخلّف في جانب الغابن.

ومثله قاعدة «لا ضرر»، فلأنّ تنفيذ اللزوم في حقّه حكم ضرري منفيّ بها، مع عدم إلتزامه بالضرر لا تصريحاً ولا تلويحاً وتصرّفه عن جهل لا يدلّ على الالتزام أبداً وما في المتاجر «انّ إخراج المغبون العين عن ملكه إلتزام بالضرر ولو جهلاً منه» كما ترى إذ كيف يكون إلتزاماً به مع أنّه لو كان واقفاً على الضرر لما أخرجها عن ملكه.

والحاصل: أنّ بناء العقلاء، وقاعدة «لا ضرر» هما المحكَّمان في المقام، ولا وجه لرفع اليد عن مقتضاهما بحجة أنّ القدر المتيقّن منهما، هو وجود العين.

وأمّا الثاني: أعني المانع فليس إلاّ ما يلي:

١ـ ما جاء في كلام المستدلّ من أنّ تضرّر المغبون من جهة زيادة الثمن، معارض بتضرّر الغابن بقبول البدل.

يلاحظ عليه: أنّ الضرر غير متوجّه إليه فإنّها لو كانت مثليّة فلا ضرر في تبديلها بمثلها، خصوصاً في هذه الأيام التي صارت أكثر القيميات مثلية كالألبسة والأواني وغيرهما. فإنّ الصنائع تولّد ملايين من الأجناس المثلية التي لا تجد فيها أيّ فرق بين أفرادها.

وإن كانت قيميّة فتعريضها للبيع يدلّ على إرادة قيمتها، وأنّه لا علاقة له بنفسها، فلا ضرر أصلاً حتى يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة خصوصاً إذا كانت ممّا لا تتحمل.

٢ـ إنّ أثر الفسخ هو ترادّ العينين، ومع عدم امكانه فكيف يؤثّر الفسخ.

يلاحظ عليه: أنّ الفسخ عبارة عن إزالة العقد والالتزام وجعلهما كالعدم من حينه، وأمّا ردّ العينين فإنّما هو في مرتبة متأخّرة، فامتناع الترادّ لا يمنع عن تأثيره وتجويزه، ثمّ بعد الفسخ تصل النوبة إلى أثره وهو التراد فلو وجدها أخذها، وإلاّ يرجع إلى البدل كما هو الحال في باب الغرامات والضمانات، وهذا أصل عقلائي عالمي.

وبعبارة أُخرى: أنّ هناك حقّين مختلفين يجب اعمالهما حسب الامكان، حقّاً للمغبون، وهو حقّ الفسخ حتى يدفع الاعتداء عن نفسه، وليس لهذا الحق بدل. وحقاً للغابن وهو استرداد العين إذا ردّ الثمن، فإن أمكن ردّ العين، وإلاّ يتنزل إلى بدلها شأن كلّ حقّ له بدل، وهو المثل أو القيمة، فالجمع بين الحقّين إنّما هو بالقول بثبوت الخيار لا سقوطه.

فإن قلت: لا يمكن بقاء الخيار مع الاتلاف أو التلف السماوي [1] وما بحكمهما كالخروج عن الملك في مطلق الخيارات لعدم تعقّل اعمال الخيار من غير فرق بين كونه متعلّقاً بالعين أو بالعقد لأنّ الفسخ عبارة عن حل العقد المتعلّق بالعين فلابد للفسخ من عملٍ مقابل عمل العقد حتى يكون به فسخاً، والعين التالفة، لا يعقل رجوعها إلى البائع ويلحق بها التالف الحكمي.

قلت: هذا ما ذكره سيّدنا الأُستاذ ـ قدّس الله سرّه ـ وحاصله: أنّه كما للعقد عمل من عمل المبادلة، كذلك لابدّ أن يكون للفسخ عمل، ومع تلف العين

١ـ الكلام في التلف الحكمي وذكر التلف الحقيقي من باب الاستطراد.

لا يتحقّق العمل، إذ العقد والفسخ يتواردان على العين والعمل المناسب لهما قائم بالعين والمفروض تلفها.

يلاحظ عليه: أنّه لاشك أنّ الفسخ، عبارة عن حل العقد المتعلّق بالعين الموجودة في زمان الانشاء وأنّه لابد من وجود عمل له مثل العقد ، وأمّا كيفية العمل فلا دخل له في ماهيّة الفسخ بل هو أمر عقلائي،فالمغبون يفسخ تلك الرابطة المتعلّقة بالعين وقت الانشاء، وأمّا العمل المناسب له فهو راجع الى العقلاء، وهم يحكمون بردّ العين عند وجودها، وبدلها عند عدمها. وسيوافيك تفصيله عند البحث عن خيار تعذّر الشرط الذي عنونه الشيخ في مبحث شروط صحّة العقد، فلاحظ.

نعم لو قلنا بقصور أدلّة الخيار، فالمرجع هو استصحاب الخيار عند الشيخ الأعظم على النحو الذي عرفته في التصرّف في المبيع مع العلم بالغبن، وعموم وجوب الوفاء عندنا فلا نعيد.

فبذلك تبيّن أنّ الحقّ مع الشهيد وليس على خلاف الاجماع.

هذا كلّه إذا أتلف حكماً أو أوجد فيه مانعاًمن الردّ. وأمّا الصور الباقية التي ذكرها صاحب الجواهر [1] والشيخ ــ قدّس سرّه ــ فنذكر إجمالها ثمّ نأخذها بالدراسة والتحليل:

١ـ إذا نقلها بعقد جائز.

٢ـ إذا دبّر العبد أو أوصى به للغير.

١ـ الجواهر ج٢٣/ ٤٤ـ٤٥.

٣ـ لو زال المانع كما إذا مات ولد أُمّ الولد، أو فسخ المشتري الثاني، لعيب أو غبن.

٤ـ إذا آجرها للغير ثم وقف على الغبن.

٥ـ إذا امتزجت بمال المغبون.

٦ـ إذا تغيّرت العين بالنقيصة الخارجية الوصفية.

٧ـ إذا تغيّرت بالزيادة الخارجية أو الحكمية [1].

فعلى المختار لا يسقط الخيار في واحد منها، فإذا لم يكن التلف مسقطاً فكيف بما دونه وعلى المشهور، ففيه التفصيل. ولإيقاف القارئ على جلية الحال نأخذ كل واحد بالبحث اجمالاً:

ألف: إذا نقلها بعقد جائز فعلى المختار لا يسقط الخيار إنّما الكلام في أنّه هل يجب عليه تحصيل العين ولو بفسح العقد الجائز، أو يكفي دفع البدل، ويُرَجَّح الثاني بأنّه لو وجب تحصيل البدل ولو بالفسخ، وجب عليه الإقالة إذا نقله بالعقد اللازم ولو ببذل شيء لأجلها، ويرجح الأوّل بالفرق بين العقدين بوجود التمكّن العرفي في العقد الجائز دون النقل اللازم، بل يمكن أن يقال: إنّ فسخ العقد الأوّل، فسخ للعقد الثاني الجائز تلويحاً وكناية، ولكن الظاهر هو الأوّل لأنّ حقيقة الفسخ شيء، وما يجب على الفاسخ بعده شيء آخر، وقد عرفت أنّ حكم العقلاء بعد الفسخ هو ردّ العين إن وجدت، والبدل إذا فقدت، والمفروض خروج العين عن ملك الفاسخ واحتمال كون فسخ العقد الأوّل كناية عن فسخ العقد الثاني، كما ترى.

١ـ كما إذا عمل في الثوب عملاً زاد الرغبة كقصارته.

هذا على المختار، وأمّا على المشهور فلـو كان المانع هو نقل العين عن ملكه فيسقط خياره، وأمّا لـو كان المانع عدم امكان الاسترداد، فيختصّ بـالعقد اللازم دون الجائز لامكان استرداده بالفسخ.

ب ـ إذا دبّر العبد أو أوصى به للغير، فلا يسقط على كلا القولين.

ج ـ إذا اتفق زوال المانع بموت ولد أمّ الولـد وفسخ العقد، فلا يسقط على المختـار، وعلى المشهـور فيـه التفصيل بين كـون المسقـط هـو نقل العين إلى الغير فيسقط أو عدم امكان الاسترداد فلا.

د ــ إذا تصرّف فيهــا بــالايجار للغير فعلى المختــار لا يسقــط إذ ليـس الايجار بـأشكل مـن نقـل العــين إنّما الكـلام في ردّ العــين أو البــدل، فهنـاك إحتمالات:

١ـ يردّ العين وتصحّ الاجارة لأنّه آجرها وهـو مالك، والملكية المطلقة كافية في تملّك المنافع الحالية والمستقبليـة، غاية الأمر يرجع الغابن بعـد الفسخ بالنسبة إلى المنافـع إلى أُجرة المثل، ويكـون المسمّى للمغبون، كما سيجيـئ تفصيله فيما إذا أجرها الغابن.

٢ـ يـردّ العين وتقع الاجارة فضـولية فيها بعد الفسـخ فلو أمضى يكـون له المسمّى وإلاّ تبطل.

٣ــ يردّ البـدل، خصوصـاً إذا كـانت الاجارة غير قصيرة فـإنّ المنفعة رمـز العين، فعدمها يساوق عدم العين.

هـ: إذا امتزجت مع ماله، فإن كان على وجه ملحق بالتلف كاستهلاك ماء الـورد في دهن الـزيت، يلحـق بالتلـف، ويسقط الخيـار على مبنى المشهـور دون

المختار.

وإن كان الممتزجان مثليين وكانا متغايرين في الجنس لا يسقط الخيار ويبقى كل على ملك صاحبه كما إذا اختلط الجوز باللوز.

وإن كانا متّحدين في الجنس والوصف، كما إذا امتزج الشعير بمثله في الوصف، تحصل الشركة، وقد أرسلوه في كتاب الشركة من المسلّمات، ولولاه يمكن القول فيه بما نقول به في القسم الآتي.

وإن كانا متخالفين في الوصف كما إذا اختلط الأعلى بالأردى فهناك احتمالات:

١ـ إلحاقها بحكم التالف، وعليه يسقط خياره على مبنى المشهور دون المختار فيرجع إليه بالقيمة.

٢ـ الحكم بالشركة في الثمن ـ إذا فسخ ـ بأن يباع ويعطى من الثمن بنسبة قيمته.

٣ـ الحكم بالشركة في العين بنسبة القيمة فإذا كان الأجود يساوي قيمتي الردي كان المجموع بينهما أثلاثاً وردّ هذا باستلزامه الربا في الربوي بناء على عمومه لكل معاوضة.

وإن كانا قيميين، تتعين الشركة في العين بنسبة القيمة، وعليه موثقة إسحاق ابن عمّار: قال: قال أبو عبد الله في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب، فبعث الثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه؟ قال: يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، والآخر خمسي

الثمن [١].

و ـ إذا تصرّف فيها بالنقيصة وهي على أقسام:

١ ـ إذا أتلف بعض العين.

٢ ـ إذا صارت معيباً من حيث صفات الصحّة فعليه أن يردّ الباقي، مع الارش.

ويمكن القول بدفع البدل لما في قبول الناقص من ضرر على الآخذ، فتأمّل.

٣ـ إذا صارت ناقصاً من جهة فقد الوصف [٢] والانتقال إلى البدل هو المتعيّن لعدم تعلّق الارش في تغيّر الأوصاف عند القوم كما سيجيئ في محلّه، وبما أنّ المختار عندنا هو الارش في فقد صفات الكمال أيضاً، يجري فيه الوجهان السابقان في تلف الأجزاء وصفات الصحّة. هذا على المختار،، وأمّا على المشهور: فالظاهر السقوط لعدم امكان استرداد العين على ما كانت عليه.

ز ـ إذا تغيّرت بالزيادة، أمّا المنفصلة كالثمر في الشجر، والصوف واللبن في الشاة، فلا تمنع عن الرد لعدم حصول الشركة لأنّها للمغبون.

إنّما الكلام في المتصلة، حقيقية كانت كما إذا صارت سميناً أو حكمية كما إذا غسل الثوب وزادت به الرغبة فاحتمل الشيخ حصول الشركة في الأُولى دون الثانية، وللتأمّل في أصل حصول الشركة فيهما أوّلاً، والتفريق بين الزيادتين ثانياً،

١ـ الوسائل: ج١٣، كتاب الصلح الباب ١١، الحديث ١ وبهذا يتبيّن أنّ كون المثلية ليست من شرائط الشركة كما عليه المحقّق في الشرائع، بل الاشتباه في معرفة المال يكفي أيضاً.

٢ـ وقد أشار الشيخ إلى القسمين الأوّلين، ولم يذكر هذا القسم. فإلى الأوّل بقوله: فإن أوجب الارش، وإلى الثاني بقوله: ومن ذلك ما لو تلف بعض العين.

مجال، والظاهر الرجوع إلى البدل في رفع اليد عنها، وعلى كل تقدير سواء قلنا بالشركة أو بالرجوع إلى البدل لا يسقط الخيار على المختار أمّا على نظر المشهور فيسقط [١].

في تصرّف الغابن:

إنّ صور تصرّف الغابن على وزان تصرّف المغبون فلا حاجة لذكر فهرسه أولاً، ومن المعلوم أنّ واحداً من تصرّفات الغابن في العين المشتراة، لا يُسقط خيار المغبون على كلا المبنيين، والغرض في المقام بيان كيفية استرداد البائع المغبون ـ مثلاً ـ ماله من المشتري الغابن المتصرّف فيه بانحاء مختلفة. وبهذا ظهر الفرق بين المقامين فالهدف في الأوّل هو البحث عن الكبرى وأنّه هل يسقط أو لا بخلاف الثاني، فالغرض هو بيان كيفيّة الاسترداد والبحث في هذا المضمار على عاتق مبحث أحكام الخيار الآتي، وكان على الشيخ إيكال البحث إلى هذا المقام لكنّه قدَّم الكلام فيها تبعاً لبعض المشايخ.

١ـ إذا تصرّف الغابن في المبيع تصرّفاً ناقلاً [٢].

إذا تصرّف في المبيع بعقد لازم أو ما في حكمه، ففي تسلط المغبون على ابطال ذلك من حين الفسخ، أو من حين المعاملة، أو رجوعه إلى البدل وجوه.

الأقوى هو الثالث وبه يظهر ضعف الأوّلين، لأنّ تصرّف الغابن في العين

١ـ وليعلم: أنّ البحث في تصرّف المغبون كان مركّزاً على سقوط الخيار وعدمه وأمّا كيفية استرداد المال فإنّها ذكر استطراداً بخلاف البحث الآتي، فالبحث فيه مركّز على الثانية لوضوح عدم سقوط خيار المغبون بتصرّف غيره.

٢ـ العنوان يختصّ بالتلف الحكمي وسيوافيك التلف الحقيقي تحت عنوان «تلف العوضين».

كـان تصرّفاً شرعيّـاً لأنّـه كان مـالكـاً لها، ولم يكـن حق المغبـون، كحق المرتهن في العين المرهـونـة، والشفيع في سهـم الشريك، حتى تتـوقّـف صحّـة النقل الثـاني بـاجـازة المغبون، بـل حقّـه يتعلّق بـالعقـد، وأنّ لـه فسخ العقـد ونقض العهـد، وبعـد الفسخ تصل النـوبـة إلى استرداد مالـه، فإن وجـده أخـذه، وإلاّ انتقل إلى البدل.

وإن شئت قلت: إنّ هنـا حقّين: حقّاً للغـابن وهو التقلّـب في مالـه الذي اشتراه وليس لـه بـدل، وحقّاً للمغبـون وهو إسترداد مـالـه بالفسـخ، والجمع بين الحقّين هو الانتقال إلى البدل إن لم يتمكّن من إسترداد العين.

وأضعف من الوجهين الأوّلين ما احتمله الشيـخ من تقديم حق المغبون في مـورد الاستيلاد، لسبـق سببه، وذلـك لأنّ الخيـار تعلّق بـالعقد، وردّ العين أثـره، فلا يكون سبقه على الاستيلاد مؤثّراً في تقديم حقّه.

وأمّا إذا تصرّف الغـابن في المبيع بالنقـل إلى الغير جائزاً. فهو من مصـاديق التلف الحكمي، فينتقل إلى البدل بالبيان السابق، وكون العقد جائزاً، لا يجعله من مصاديق «مَنْ فَسخَ ووجدَ المبيع موجوداً» لأنّ المبيع انتقل إلى الغير، وكون انتقاله بالعقد الجائز، لا يخرجه عن كونه خارجاً عن ملك الغابن، وكونه جائزاً إنّما هو من جانب الغابن، لا من جانب المغبون لأنّه ليس طرفاً للعقد.

واحتمل الشهيـد في المسالك تسلّط المغبـون على فسخ عقد الغـابن، إن لم يفسخ الغابن، أو امتنع بعد إجبار الحاكم، وهـو عجيب إذ ليس هو طرفاً للعقد، وليس حقّ الخيار كحق الشفعة متعلّقاً بالعين.

وأمّا إجبـاره على الفسخ أو إجبار الحاكم عليـه، فلا دليل عليه بعـد صحّة تصرّفه، وكون المغبون مسلّطاً على الفسخ أمـر، وكيفيّة استرداد العين أمر آخر، فإذا

تحقّق الأوّل، يرجع في الثاني إلى السيرة المألوفة بين العقلاء.

ولو عاد المبيع إلى الغابن بالفسخ ثمّ فسخ المغبون، يسترد عينه، اللّهمّ إلاّ إذا فسخ بعد أخذ البدل لسقوط حقّه بأخذ البدل، وليس البدل إلاّ عوضاً عن العين على وجه الاطلاق، لا بدلاً مؤقتاً، ولو عاد بعقد جديد كما إذا اشتراه منه مجدداً، فالظاهر جواز استرداده، لأنّه فسخ و وجد عينه موجوداً، خلافاً للشيخ الأعظم حيث قوّى عدم وجوب الرد مطلقاً «لأنّه ملك العين بعقد جديد تلقاها من مالكها(المشتري الثاني) والفاسخ إنّما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل، والمفروض عدم عوده، والعائد أمر آخر» ومراده من الفاسخ هو المغبون ومن السبب الناقل هو العقد المشتمل على الخيار، والمقصود أنّ المغبون لابدّ وأن يملك بالسبب السابق بعد ابطاله العقد الأوّل بالفسخ والحال أنّه لو أبطل عقده، يواجه ملكية جديدة متوسّطة، بين الملكية السابقة العائدة، وبين الفسخ، لا ملكيته السابقة.

يلاحظ عليه: أنّ موضوع جواز الاسترداد ، هو كون العين مملوكة للغابن، سواء ملكها بتمليك المغبون أو بعقد جديد، وهذا هو الموضوع للاسترداد في نظر العقلاء لا كونه متملّكاً بالسبب السابق حتى يقال بعدم رجوعها بالفسخ.

٢ـ إذا تصرّف الغابن في المبيع تصرّفاً مغيّراً وهو على انحاء:

ألف: أن يكون موجباً لنقيصته.

ب: أن يكون موجباً لزيادته.

ج: أن يكون موجباً لامتزاجه.

وإليك البحث عن الثلاثة واحداً بعد الآخر:

ألف ـ التصرّف الموجب للنقيصة:

التصرّف المستلزم للنقيصة، تارة يتحقّق بذهاب بعض أجزاء العين، وأُخرى بذهاب وصف الصحّة، وثالثة بذهاب وصف الكمال.

أمّا الأوّل: فلو كانت العين مثلية كالحنطة، فيرد الباقي مع بدل الذاهب، و إن كانت قيميّة كما إذا أتلف أحد مصراعي الباب، فيرد الباقي مع قيمة التالف، مضافاً إلى ارش النقص الوارد عليه من ذهاب الهيئة الاجتماعية.

أمّا الثاني: فهو كما إذا آلت الحنطة إلى فساد، أو صارت الدابّة عرجاء أو عمياء، فيردّهما مع الارش، لأنّ الفائت مضمون بجزء من العوض، فإذا ردّ تمام العوض وجب رد مجموع المعوض، فيتدارك الفائت منه ببدله.

و إن شئت قلت: إنّ مفاد الفسخ هو ردّ العين على النحو الذي قبضها، فإذا لم يمكن الردّ على النحو المأخوذ، يجب دفع العوض وليس هو إلاّ الارش.

وأمّا الثالث: فهو كما إذا نسي العبد الكتابة، أو نسي الكلب الحراسة التي تعلّمها ـ ولم يذكر الشيخ الأعظم هذا القسم ـ فيردّه بلا ارش، وذلك لأنّ الثمن عند الشيخ وأتباعه يُبذل في مقابل الأجزاء ولا يقابل وصف الصحّة بشيء من الثمن لأنّه أمر معنوي، ولذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدراً حصل الربا من جهة الزيادة، فإذا كان هذا حال وصف الصحّة فوصف الكمال أولى بأن لا يقابل بشيء من الثمن، إلاّ أن الدليل من النص والاجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الأوصاف [1].

ولكن للتأمّل فيما ذكره مجال، والظاهر أنّ الثمن يوزع على الأجزاء وأوصاف

---

١ ـ المتاجر: قسم الخيارات/ ٢٧١ ط تبريز.

الصحّة والكمال جميعاً، و أنّ ضمان وصف الصحّة بالارش مطابق للقاعدة إذ ربّما يكون المطلوب هو الأوصاف كالأمة المغنّية فلا يشتريها إلاّ لغنائها لا لكونها أمة قادرة على الخدمة، وما يذكره الشيخ في أوصاف الصحّة: «من أنّها لا يقابلها شيء لكن لها مدخل في زيادة الثمن وعدمها» غير تام بل لها دور في الاشتراء بأزيد ممّا يُشترى به الفاقد وما هذا إلاّ أنّ الثمن يقع في مقابلها، وعلى هذا فيرده الغابن بالارش مثل وصف الصحّة حرفاً بحرف.

ثمّ إنّ الظاهر من الفقهاء ضمان الغابن التلف السماوي مثل إتلاف الأجنبي، أمّا الثاني فله وجه، لأنّه إذا رجع المغبون إلى الغابن فهو يرجع إلى الأجنبي، وأمّا ضمانه للآفات السماوية، فهو يحتاج إلى التصريح ولا يكفيه الاطلاق، وذلك لأنّ الضمان في المقام، ضمان معاوضي ينشأ من تعهّد المتعاملين ردّ مال الآخر سالماً عند إسترداد ماله بوجه شرعي، ومن المعلوم انصراف مثل هذا النوع من التعهّد عن الآفات السماوية الخارجة عن حيطة القدرة البشرية اللّهمّ إلاّ أن يصرّح بالضمان وجبر الخسارة عندها.

وأمّا تضمينه بقاعدة «على اليد ما أخذت ...» فهو مشكل للشك في اطلاقه إلى هذا الحدّ، كما أنّ تضمينه بقاعدة «تلف المبيع في زمن الخيار ممّن لا خيار له»، أشكل لما عرفت من اختصاصها بالخيارات الثلاثة.

إذا وجدها الفاسخ مستأجرة:

فقد ذكر الشيخ وجوهاً ثلاثة:

١ـ وجوب الصبر على الفاسخ حتى تنقضي المدّة ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدّة، لأنّ المنفعة من الزوائد المنفصلة

المتخلّلة بين العقد والفسخ فهي ملك للمفسوخ عليه. فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق فإذا ملك آناً، ملك المنفعة بأسرها.

يلاحظ عليه: أنّه خلط بين الحق والباطل، إذ لا شك أنّ من ملك العين، آناً، يملك منفعتها الدائمة فله ايجارها ولكن حقيقة الفسخ ليس إلاّ ردّ العين على ما هي عليه، لا ردّ العين المجرّدة من المنافع، إذ ليس هذا النوع من الردّ رداً لها على ما هي عليه، بل ليس لها حقيقة عند العرف إلاّ كونها رمزاً للمنافع المستمرة، فإذا سلبها الغابن، كيف يصح أن يقال إنّه ردّها على ما هي عليه.

والنظر إلى العين بما أنّها جوهر له أبعاد ثلاثة أو أربعة وأنّ بقاءها ببقاء تلك الأبعاد لا ببقاء المنافع، نظر فلسفي فإنّها إذا كانت مسلوبة المنفعة، لا توصف بالبقاء على ما هي عليه في نظر العرف الذي لا يطلب العين إلاّ لمنافعها وهي كناية عنده عنها، ويشير بها إليها، فلا يكون ردّها مجرّدة عنها، ردّاً لها.

٢ــ وبذلك يظهر ضعف القول الثاني من انفساخ الاجارة في بقية المدّة بحجّة أنّ ملك منفعة الملك المتزلزل متزلزل وهو المحكي عن المحقّق القمّي. إذ لم يدل دليله على الضابطة الواردة في كلامه بل اطلاق ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ يقتضي صحّة الايجار مطلقاً، ومثله ما إذا مات الموجر، فاطلاق الآية كاف في بقاء العقد وعدم انفساخه بموته، وللورثة الصبر إلى انقضاء المدّة.

٣ــ فتعيّن القول الثالث من ردّ العين، مع رد ما فُوِّت على الفاسخ من المنافع، وليس بدلها، إلاّ أُجرة المثل، سواء ساوى أُجرة المسمّى أو زاد أو قلّ منها.

وإن شئت قلت: إنّ المفسوخ عليه ضامن للنقص الوارد على العين بسبب كونها مسلوبة المنافع، ولا يعلم مقداره إلاّ بالرجوع إلى أُجرة المثل للعين

المستأجرة.

نعم لو فسخ مع العلم بكونها مستأجرة فلا ضمان للنقص للاقدام به.

ب ـ التصرّف الموجب للزيادة:

التصرّف المغيّر إذا لم يكن موجباً لزيادة القيمة، لا يمنع من الردّ ولا شيء لمحدثه لأنّه عمله لنفسه لا بأمر من المغبون، ولم يحصل في مقابله شيء. إنّما الكلام إذا كان موجباً لزيادتها فهي على قسمين:

ألف ـ أحدث زيادة حكمية في المبيع.

ب ـ أحدث زيادة عينية فيه.

أمّا الأُولى: فهي كما إذا بيّض الثوب وغسله، أو علّم العبد الصنعة أو الكتابة فهناك احتمالات:

١ ـ ثبوت الشركة في العين بنسبة تلك الزيادة بأن تقوَّم العين معها ولا معها ويؤخذ بالنسبة وهو خيرة الشيخ الأعظم.

٢ ـ ثبوت الشركة في القيمة بنسبة تلك الزيادة مع كون كل من الوصف والموصوف ملكاً للمغبون.

٣ ـ استحقاق العامل أُجرة المثل لكونه عمل عملاً محترماً إذ لم يهتك حرمة ماله، والمبيع على هذا القول بوصفه للمغبون لكنّه كالعين المرهونة بالنسبة إلى المرتهن فكما هي ملك للراهن ومتعلّق حق للمرتهن، فهكذا في المقام فالعين بوصفها الموجب لزيادة القيمة ملك للمغبون لكنّها متعلّق حق للغابن.

أمّا الثانية: أعني: الزيادة العينية.

فإن كانت متصلة كالسمن فهل هي للفاسخ كما عليه صاحب الجواهر في مسألة الحجر، ونقل عن العلامة في المختلف والمحقّق الثاني أنّها للمفسوخ عليه، وعليه تكون في المقام ملكاً للغابن. والظاهر تبعيّتها للعين، إلاّ إذا كانت كثيرة في الغاية، كما إذا أنفق في تحصيلها مؤنة زائدة فهي عندئذ ملك للمفسوخ عليه.

وأمّا إذا كانت منفصلة لكن قائمة بالعين كالأشجار المغروسة فهناك في جواز القلع وعدمه احتمالات:

١ـ يجوز للمغبون قلعها بلا ارش، وهو خيرة العلاّمة في كتاب الشفعة للمختلف.

٢ـ لا يجوز له القلع مطلقاً حتى مع الارش، ذهب إليه المشهور في الأرض المغروسة بيد المشتري إذا أفلس ورجع البائع إلى أرضه.

٣ـ يجوز له القلع مع الارش وهو خيرة المسالك.

٤ـ يجوز لكل واحد تخليص ماله عن مال صاحبه مع جبر الخسارة الواردة على الطرف الآخر من عمله. فإن أراد مالك الغرس قلعه فعليه طمّ الحفر، وإن أراد مالك الأرض تخليصها فعليه أُرش الغرس، أعني: تفاوت ما بين كونه منصوباً دائماً وكونه مقلوعاً، وهو خيرة الشيخ الأعظم.

٥ـ إنّ للبائع إلزام المشتري بأحد الأمرين: إمّا قلع شجرة وهدم بنائه وطم الأرض، أو ابقائها مع أُجرة المثل، وعلى المشتري أحد الأمرين لا يجوز له التخلّف عنها، جمعاً بين الحقّين وعدم إضرار أحدهما بالآخر وهو خيرة السيد الأُستاذ

ـ قدّس الله سرّه ـ[١].

ولكلّ من الاحتمالات وجه مذكور في المتاجر وللمسألة أشباه ونظائر ومع ذلك لا يمكن القضاء في الجميع بحكم واحد ولنذكرها:

١ـ أن توجد الزيادة في أرض الغير بلا اذن منه كما لو غرس الغاصب في الأرض المغصوبة أو بنى أو زرع.

٢ـ أن توجد باذن منه كما إذا استعار أرضاً للغرس والبناء.

٣ـ أن توجد في ملك الموجد مع كونه ملكاً متزلزلاً من جهة تعلق الخيار أو حق الشفعة.

٤ـ أن توجد في ملكه غير المتزلزل، لكن طرأ عليه الفسخ كما في المفلس الغارس، إذا رجع البائع إلى العين الباقية.

٥ـ أن يتملّك أحدهما الأرض والآخر الأشجار، أو يبيع الأرض دون الأشجار.

وحكم الأُولى والأخيرة واضح، حيث إنّه لا حقَّ للغاصب فيها، فلا يزاحم ضرره ضررَ المالك، ولا سلطته ـ المحرَّمة ـ سلطة المالك المشروعة، كما أنّ القرينة الحالية في الأخير تدلّ إمّا على ارادة الابقاء مع الأُجرة أو القلع بلا ارش وكأنّه باع الغرس بما هو حطب أو غيرهما.

إنّما الكلام في حكم الصور المتوسطة، ولا شك أنّه من قبيل تعارض الضررين، فلا يصحّ فرض الضرر على أحدهما معيّناً.

ولكن الكلام في أنّ المقام هل هو من قبيل تعارض السلطنتين وأنّ مقتضى

١ـ المتاجر: قسم الخيارات ج٤/ ٣٥١.

اطلاق سلطنة صـاحب الأرض عليها، هو قلع الأشجـار، كما أنّ مقتضى اطلاق سلطنة صاحب الغرس هو الابقاء.

أو أنّ دليل السلطنة في المقام قاصر عن كلا الطرفين وأنّ المغبون مسلّط على مـالـه وهـو الأرض لا على الغرس والبنـاء، فـلا يجوز لـه التصرّف فيهما إلاّ بـاذن صاحبهما ولمالك الغرس سلطان على غـرسه وليس له سلطان على الأرض يتصرّف فيها ولا يجوز ذلك إلاّ بإذن صاحبها.

أو التفصيـل بين سلطنــة صــاحب الأرض وسلطنــة الآخــر حيـث إنّ لـلأوّل التصرّف في الغـرس بـالقلع دون الآخـر وجـوه واحتمالات والأوسط هـو الأقرب.

ومفتـاح حل المشكـل هو البحـث عن استحقـاق صـاحب الغـرس لحقِّ الابقاء ـ مع قطع النظر عن دليل السلطنة ـ وعدمه.

الحقّ أن يقال: إنّه إذا كـان الغرس باذن شرعيّ فله الابقـاء مع جبر خسارة الطرف الآخر بالأُجرة دون ما إذا كان لا معه فمن القسم الثاني غرس الغاصب أو المشتبه أو القابض بعقـد فاسد مع الجهل بالفساد، أمّـا الأوّل فواضح وأمّا الأخير فـلأنّ الضررين يتسـاقطـان فـا لمرجـع هـو قـاعـدة السلطنـة لصـاحب الأرض، والمفروض عدم اذن شرعي خصوصاً في المشتبه حيث تخيّل بأنّ أرض الغير، أرض لنفسه.

ومثله المقبوض بالعقد الفاسد فإنّه وإن كان هناك اذن من المالك لكنّه كان إذنـاً مقيّـداً بصحّة العقـد لا مطلقـاً، ومقتضى قـولـه ﷺ: «ليـس لعـرق ظـالم حقّ» عـدم ثبوت حق للمعتـدي سواء كـان عن علم أو عـن جهل. والظالم هـو المعتدي.

وأمّا وراء ذلك فاستنباط الحكم يتوقّف على ملاحظة أمرين:

١ـ إنّ الغارس كان مأذوناً في الغرس من جانب المالك والشارع ولم يكن في غرسه ظالماً ولا معتدياً، ومعنى ذلك أنّ ماله محترم حدوثاً وبقاءً ما لم يهتك احترامه، نعم وللمالك أيضاً أن يتصرّف في ملكه ما شاء وأراد، بالغرس تارة والبناءأُخرى والزرع ثالثة، هذا من جانب.

٢ـ ومن جانب آخر، إنّ الفسخ ـ يتعلّق بالعقد والتعهّد المعاملي، وأمّا كيفيّة استرداد العين فهو أمر متأخّر يرجع فيه إلى سيرة العقلاء، والمفروض أنّ الفاسخ استردّ عينه. والحال أنّها كانت مشغولة بالغرس والبناء عن حقّ، وبعبارة أُخرى: عادت إليه العين مع النقص، فعليه جبر النقص حتى يصدق عليه أنّه استرداد للعين على ما هي عليه وذلك بأحد الأمرين:

١ـ دفع الأُجرة للبقاء.

٢ـ أو قلعها.

وأمّا الابقاء مجاناً ـ كما نسب إلى المشهور [1] فهو يتنافى مع لزوم استرداد العين على ما كانت عليه حين الأخذ.

هذا من غير فرق بين أن يكون حقّ الغارس متقدّماً على حقّ الفاسخ كما في مورد التفليس إذا غرس المشتري ثمّ أفلس أو متأخراً كما في المقام إذ المدار على كون الزيادة مالاً محترماً للمفسوخ عليه، وهو حاصل في الموردين.

فإذا كان الغرس عملاً محترماً شرعاً، بحكم الأمر الأوّل، وكان للفاسخ أن يسترد ماله على ما هو عليه يوم الدفع بحكم الأمر الثاني، يترتّب عليه أنّ للفاسخ

١ـ نسبه السيد الطباطبائي في تعليقته إليهم / ٤٠.

أن يطلب من المفسوخ عليه أحد أمرين: الابقاء مع الأُجرة، أو قلعها وليس له اجباره بأحدهما.

والحاصل: أنّ ملاحظة الأُمور المذكورة تثبت ما ذكرنا من النتيجة:

١ـ إنّ الغارس كان مأذوناً في عمله وتصرّفه وليس عرقه عرق ظالم، وعمله وماله محترم حدوثاً وبقاء.

٢ـ إنّ حقيقة الفسخ هو حل العقد وأمّا كيفيّة استرداد العين فهو أمر متأخّر راجع إلى حكم العقلاء.

٣ـ إذا استرد العين، يجب على المفسوخ عليه ردها على ما هي عليه إمّا بلا نقص أو مع جبره إذا كانت ناقصة، ولمّا كان المفروض نقص المبيع فعليه رفع النقص بدفع الأُجرة أو قلعها وافراغ الأرض من المانع.

و إذا اختار الثاني فالمعروف لزوم طمّ الحُفَر الحاصلة من القلع على المفسوخ عليه، لكنّه منظور فيه، لأنّ الفاسخ حينما ملك الأرض كانت مشغولة بالأشجار عن حق، وهو يستردّ الأرض و يعلم أنّ افراغ الأرض منها يستلزم ايجاد الحفر، ومع هذا الوصف، لا وجه لكون نفقة الطمّ على المفسوخ عليه.

والحاصل: أنّه لم يسترد الأرض الخالية بل الأرض المشغولة بالأشجار التي لو قلعت لبانت الحُفَر وبذلك ظهر أنّ الحقّ هو القول الخامس، لكن بحذف كون أُجرة الطمّ على المفسوخ عليه.

نعم لو قلنا بأنّ الخيار يتعلّق بالعين نظير حقّ الرهن لا بالعقد فقط، يجوز له القلع أو الاجبار عليه، لكنّه غير صحيح حتى في مورد الشفعة، إذ للشفيع حل العقد وأمّا رجوع العين فهو تابع لقضاء العقلاء في موردها.

فإن قلت: إنّ الغرس إنّما وقع في ملك متزلزل وليس الاستحقاق للغرس في الأرض دليلاً على البقاء.

قلت: هذا ما ذكره الشيخ الأعظم ورتّب عليه، أنّ لكلٍّ من صاحبي الأرض والشجر تخليص ماله عن مال الآخر، وهو غير تام لما عرفت من أنّ الميزان كون الغارس مستحقّاً للغرس في مكان خاص، مأذوناً من قبل الشارع في عمله غير محدود بوقت.

ومنه يظهر أنّه لو أعار الأرض بلا تحديد بوقت، يكون حكمه حكم المشتري الغارس دون ما إذا كان محدوداً بسنة فإنّ له القلع بعد سنة بلا ارش، ومثله الاجارة إلى مدّة معيّنة، فإنّه يستحقّ القلع بعدها، لأنّ الاذن كان من أوّل الأمر مؤقتاً محدوداً، فلو أقدم على غرس لا ينتفع به فيها فقد أقدم على الضرر.

ج ـ التصرّف الموجب للامتزاج:

الامتزاج إمّا أن يكون بغير جنسه، أو بجنسه، وعلى الثاني إمّا أن يكون بالمساوي في الصفات، أو بالأعلى أو بالأدنى وقد مرّت أحكام الكل عند البحث عن تصرّف المغبون فلا نعيد.

في حكم تلف العوضين مع الغبن:[1]

التلف إمّا حقيقي، أو حكمي وقد مضى حكم الثاني، بقي حكم الأوّل في جانبي المغبون والغابن، ثمّ إنّ تلف ما في يد المغبون على أنحاء لأنّ التلف إمّا

١ـ وقد تقدّم حكم التلف الحكمي ص٢٤٤.

بآفة سماوية أو باتلافه أو باتلاف الأجنبي أو باتلاف الغابن.

كما أنّ تلف ما في يد الغابن ينقسم من حيث السبب إلى هذه الأقسام الأربعة فتصير الأقسام ثمانية.

أمّا الأوّل: فعلى المختار من تعلّق الفسخ بالعقد، لا يسقط خيار المغبون بتلف ما في يده، لأنّ الفسخ أمر، واسترداد المال أمر آخر، ولو قلنا باشتراط الفسخ بإمكان الاسترداد، فالخيار ساقط.

ثمّ إنّه لو تلف بآفة سماوية (وقلنا بالضمان فيه خلافاً لما حقّقناه) أو باتلاف المغبون ففسخ، أخذ ما عند الغابن أو بدله.

وهل يُغرِم عليه قيمة يوم التلف أو يوم الفسخ أو يوم الأداء كل محتمل.

أمّا الأوّل: فإنّ القيمة قامت في هذا اليوم مقام العين، وأمّا الثاني: فإنّه يوم استحقاق القيمة والأقوى الأخير ، لأنّه مسؤول عن العين مالم يؤدّها،والتأدية أعم من تأدية نفس العين أو بدلها، وإنّما تزول المسؤولية عن العين بالردّ الأعم حسب قوله ﷺ : «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»، فهو مسؤول عن العين إلى أن يؤدّيها فأمّا أن يؤدّيها نفسها أو بدلها وليس إلاّ قيمتها يوم الأداء لا القيمة المتقدّمة، لأنّه كان مسؤولاً عن العين إلى يوم الأداء.

ولو تلف بالأجنبي ففسخ، فيرجع إلى الغابن، ويرجع هو إلى الأجنبي.

وإن كان رجع المغبونُ إليه بالبدل ثمّ ظهر الغبن ففسخ، ردّ على الغابن قيمة يوم الأداء على ما عرفت.

ولو تلف بالغابن فإن لم يفسخ أخذ القيمة من الغابن وإن فسخ أخذ الثمن.

ولو تلف بالغابن قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامة، ثمّ ظهر الغبن ففسخ، فالمغبون يأخذ الثمن بحكم الفسخ [١] فيردّ عليه القيمة، لأنّ الابراء بمنزلة المقبوض.

هذه هي الأقسام الأربعة لما إذا تلف ما في يد المغبون وإليك بيان الصور الأربعة الموجودة فيها إذا تلف ما في يد الغابن.

وأمّا الثاني: أعني: تلف ما في يد الغابن، فإن تلف ما في يده بآفة سماوية أو باتلافه (ونفترض أنّ الغابن هو المشتري) ففسخ وقلنا بالضمان في الصورة الأُولى أيضاً، يدفع الثمن ويأخذ قيمة يوم الأداء على ما عرفت.

وإن كان باتلاف الأجنبيّ ففسخ، يرجع إلى الغابن في أخذ البدل مع دفع الثمن إليه، ويجوز أيضاً للفاسخ الرجوع إلى المتلف، لأنّ المال في عهدته.

وإن كان باتلاف نفس المغبون فإن لم يفسخ غرم بدله [٢]، ولو أبرأه الغابن ثمّ ظهر الغبن ففسخ، ردّ الثمن وأخذ قيمة المتلف لأنّ المبرأ منه كالمقبوض.

مسألة: في عدم اختصاص خيار الغبن بالبيع:

لا اشكال في عدم اختصاص خيار الغبن بالبيع، بل هو ثابت في كل معاملة غير مبنية على التسامح، والاجماع وإن كان قاصراً عن اثبات العموم لكن

١ـ لم يذكر الشيخ الأعظم أخذ الثمن، ولعلّه لوضوحه.

٢ـ لا ثمرة للفسخ لأنّه بحكم الاتلاف يجب عليه دفع البدل، وبحكم الفسخ، يأخذ منه نفس ذلك البدل ـ ولذا لم يذكره الشيخ الأعظم.

قاعدة لا ضرر وبناء العقلاء غير قاصرين.

نعم لا غبن في الصلح لأجل رفع النزاع أو احتمال الشغل اللّهمّ إلاّ إذا كان الاحتمال دائراً بين العشرة والعشرين فيصالح بالأوّل فبان أنّه ألف، فعند ذاك يتعلّق به الخيار، نعم لو كان التساهل حاكماً على الاطلاق فالظاهر سقوطه.

هل خيار الغبن فوري أو لا؟

نسب [1] إلى المشهور: أنّ خيار الغبن فوري، فلو أهمل في الأعمال ـ بعد الوقوف على الغبن ـ يسقط.

استدل له بأنّ الخيار على خلاف الأصل ـ وهو اللزوم ـ فيقتصر فيه على المتيقّن، كما استدل للقول الآخر بأنّ الأصل بقاء الخيار في القطعات الأُخرى من الزمان.

وكلا الاستدلالين يعربان عن تسليم عدم وجود اطلاق في دليل الخيار، ولأجله لجأ الأوّل إلى الأخذ بالقدر المتيقّن والآخر إلى التمسّك بالاستصحاب. ولكن التحقيق عدم وصول النوبة إلى الاستدلالين لوجود الاطلاق في بعض أدلّته وإليك دراستها.

أمّا الاجماع فهو دليل لبّي يؤخذ بالقدر المتيقّن ومثله حديث تلقّي الركبان وما والاه فإنّها في مقام بيان أصل الخيار وأنّه إذا وقف على الغبن فله الخيار، وأمّا أنّه إذا أهمل فهل هو فوري أو لا، فهو خارج عن حريم دلالته.

إنّما الكلام في مفاد قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» والأوّل: لنفي الضرر المالي

١ـ الحدائق: ١٩/ ٤٣.

والنفسي، والثاني: لنفي ايجاد الحرج والمكـروه، والقضية ظاهـرة في سلب العموم، أي نفي أي ضرر وضرار في الاسلام أو في المجتمع الإسلامي، فلو أُريد الأوّل يكون المراد نفي وجود أي حكم ضرري فيه، ولو أُريد الثاني يكون المراد نفيهما في الخارج، وقد قلنا: إنّ الأخبار عن عدمهما ـ مع وجودهما فيه ـ لأجل نفـي أي حكم ضرري ولا ضراري في الشريعة، فصار هـذا مسوِّغاً للاخبار عن عـدمهما فلمّـا رأى عدم حكم ضرري في مجال التشريـع، صـار ذلك سبباً لجواز الإخبـار عن عـدمهما في الخارج.

وعلى ضـوء هـذا فـاللـزوم الغبني حكـم ضرري منفي، وصفحـة التشريـع خاليـة منه، ومعنـى خلوّها منـه، هو نفيـه في جميع الأزمنة مـن غير فرق بين الأوّل والثاني.

وما ربّما يقال مـن أنّ منشأ الضرر في الزمان الثاني هـو نفس المغبون، حيث ترك الفسخ، وأبقى العقد على حاله، غير تـام، إذ مضافاً إلى ـ أنّ منشأ الضرر هو اللزوم الضرري غاية الأمر أنّ المغبون لم يـدفعه عن نفسه باعمال الخيار ، وهذا غير القول بـأنّ المنشأ له هـو نفسه ـ أنّ حكـومة القـاعدة على الأحكام الأوّليـة ليست حكومة تدريجية حسب تدرّج الزمان، وإنّما هي من قبيل حكومة قانون كلّـي على قانـون مثله ، نظيره جميع العنـاوين الثانـوية فقد شرعـت أحكامها، لأجـل تحديد أحكام العناوين الأوّلية، وعلى هذا فهنا حكمان:

١ـ لزوم العقد إذا كان ضررياً.

٢ـ نفي كل حكم ضرري.

ففي ظل حكومة الحكم الثاني، يرتفع الأوّل من أصل، وعليه لا معنى لرفع الحكم في زمان دون زمان.

وما ذكرنا لا ينافي كون الأحكام الشرعية مجعولة على نحو القضايا الحقيقية، إذ معناها أنّها أحكام تطبق على موضوعاتها حسب تواجدها في عمود الزمان وأنّه ما لم يوجد عقد غبني، لا يتحقّق للقاعدة موضوع، وبعده يكون حاكماً على الاطلاق المستفاد من قوله: ﴿أوفوا بالعقود﴾.

وبذلك يظهر ضعف ما أفاده صاحب الرياض من أنّ المدرك لو كان هو قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» فالخيار فوري [1].

ونظير القاعدة، بناء العقلاء الذي هو الأساس لخيار الغبن، فإنّهم لا يرون أنفسهم ملزمين بالوفاء بالعقد بعد ظهور الغبن وتخلّف الشرط من غير فرق بين الزمانين.

نعم يجب أن لا ينتهي الأمر إلى التسامح والتواني فلا شك أنّ أدلّة الخيار منصرفة عن مثله.

هذا إذا أحرز الاطلاق في دليل الخيار، ولو لم يحرز فهل المرجع هو عموم الوفاء بالعقد، أو استصحاب حكم المخصّص؟ ذهب الشيخ الأعظم إلى الثاني، قائلاً بأنّ العموم الزماني تابع للعموم الأفرادي، فإذا فرض خروج بعضه فلا مقتض للعموم الزماني فيه، حتى يقتصر من حيث الزمان على المتيقّن بل تخصيص الفرد الخارج تخصيص واحد، استمرّ زمان خروجه أو انقطع.

نعم لو فرض إفادة الكلام للعموم الزماني على وجه يكون الزمان مكثّراً لأفراد العام بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايراً له في زمان آخر، كان اللازم بعد العلم بخروج فرد في زمان ما، الاقتصار على المتيقّن لأنّ خروج غيره من الزمان،

١ـ الرياض : ج١ في أحكام خيار الغبن.

مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه [١].

يلاحظ عليه: أنّه لا شك أنّ الآيـة من قبيل القسم الأوّل وأنّ الفرد في جميع الأزمنة فرد واحد، لا أفراداً مختلفة، فهي نظير مـا إذا قال: أكرم كل عالم، فكل فرد من العلماء في مجموع الـزمان فرد واحـد، لا أنّه في كل سـاعة أو يوم فـرد لكن هذا النوع من العام على صنفين:

تارة يكون الفرد مطلوب الاكرام في زمـان خاص على فرض أنّه لو عصى و لم يكرم، يسقط الأمر، وأُخرى يكون ـ مع كونه فرداً واحداً في جميع الأزمنة ـ مطلوب الاكرام فيما بقى من الزمان ولو مع عصيانه في الأزمنة المتقدّمة وهذا لايعني أنّه في كلّ زمان فـرد، وأنّ سقوطه في زمان لا يستلـزم سقوط حكمه في الزمـان الآخر، بل بمعنى أنّ هنا موضوعاً واحـداً و حكماً فارداً، ولكنّه مطلوب استمراره، ولو عصى لا يسقط الحكم، وهذا نظير صوم يوم شهر رمضان، فمع أنّ مجموع ساعات اليوم موضوع واحد ولها إطاعة واحدة ولكنّه إذاأفطر في ساعة، وجب عليه الامساك عنه في الساعات الأُخر.

هذا من غير فرق بين استفادة الاستمرار من اللفظ كما إذا قال: أكرم العلماء مستمـراً، أو من مقـدّمـات الحكمـة، أو القـرائن الأُخـر كما هـو الحال في قـولـه سبحانه: ﴿أَوفوا بالعقود﴾ فإنّ قـوام الحياة إنّما هو بـالوفـاء بها مستمرّاً لا سـاعة واحدة، ولأجل ذلك لو تخلّف، لما سقط وجوب الـوفاء الاستمراري بلا حاجة إلى أمر جديد.

والحاصل: لا نقـول إنّ الزمان فيـه قيد، وانّ كل فـرد في كل زمان ،مـوضوع مستقلّ، بل مـع الاعتراف بظرفيّـة الزمـان، وكون الفـرد في جميع الأزمنة مـوضوعـاً

١ـ المتاجر ص ٢٤٣ ـ وقال بمثله في الفرائد.

واحداً، نقول: إنّ المطلوب هو استمرار الحكم مطلقاً، عُصِي في الأثناء أم لا.

وعلى ضوء ذلـك يكون المرجع بعـد الزمـان الأوّل، هو التمسّك بـالعموم، لا الأخذ باستصحاب حكم المخصّص.

ولأجل ما ذكر من الدلالة على الاستمرار، يرجع القائل بالتراخي، إلى العام إذا توانى وتسامح المغبون إلى حدّ خارج عن العادة ـ مع إعترافه بكون الزمان ظرفاً ـ وما هذا إلاّ لاستفادة الاستمرار من الآية.

وقد مـرّ نظير هذا الكلام منّـا في السابق ومن أراد التفصيل فليرجـع إلى ما حقّقناه في البحوث الأُصولية.

نعم هذا كلّه إذا لم يكن هنا اطلاق في أدلّـة الخيار، و إلاّ فلا تصل النوبة إلى التمسّك بالعام.

ثمّ إنّه بعـد القول بالتراخـي لا مجال للبحث عن حكم الجاهل بـالفور كما طرحه الشيخ الأعظم.

الفصل السادس

خيار التأخير

- ❑ دليله.
- ❑ شروط خيار التأخير.

أ ـ عدم قبض المبيع.

ب ـ عدم قبض مجموع الثمن.

ج ـ تأخير الثمن.

د ـ أن يكون المبيع عيناً أو شبهها.

- ❑ في مسقطات خيار التأخير الخمسة:

أ ـ سقوطه بعد الثلاثة قولاً وفعلاً.

ب ـ اشتراط سقوطه في متن العقد.

ج ـ بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة.

د ـ أخذ الثمن من المشتري.

هـ ـ مطالبة الثمن.

- ❑ حكم تلف المبيع في الثلاثة وبعدها.

خيار التأخير

عرّفه الشيخ في الخلاف بقوله: من ابتاع شيئاً معيّناً بثمن معيّن ولم يقبضه، ولا قبض ثمنه وفارقه البائع، فالمبتاع أحقّ به ما بينه وبين ثلاثة أيّام، فإن مضت ولم يُحضره الثمن، كان البائع بالخيار بين فسخ البيع وبين مطالبته بالثمن ـ إلى أن قال ـ: وخالف جميع الفقهاء في ذلك[1].

ويظهر من العبارة كونه من مختصّات الإمامية، وبه صرّح المرتضى في الانتصار[2] والعلاّمة في التذكرة[3] ثمّ إنّهم بعد اتّفاقهم على نفي اللزوم ـ اختلفوا على قولين:

١ـ فمن قائل ببطلان البيع بعدها، صرّح به الشيخ في المبسوط[4] والقاضي في المهذب[5] وحكاه العلاّمة عن ابن الجنيد في المختلف، ومن المتأخّرين قال به

١ـ الخلاف: ٣/ ٢٠ المسألة ٢٤.

٢ـ الانتصار ٢١٠.

٣ـ التذكرة ١/ ٤٩٨.

٤ـ المبسوط ٢/ ٨٧ نسبه إلى الروايات.

٥ـ المهذب: ١/ ٣٦١.

المحدّث البحراني في الحدائق حيث قال: الحقّ هو ما ذهب إليه ابن الجنيد والشيخ هنا [١] ومال إليه السيد الطباطبائي في تعليقته على المتاجر [٢] وقال: الانصاف يقتضي ما ذكره صاحب الحدائق.

٢ـ ومن قائل بالصحّة وارتفاع اللزوم، وإليه ذهب الشيخ في الخلاف ـ كما عرفت ـ وفي النهاية، وحكاه في الحدائق عن المفيد، وابن سعيد في الجامع [٣] والمحقّق في الشرائع ومن جاء بعده غير من عرفت.

وعرفان الحق رهن دراسة أدلّته فنقول: استدل للخيار بوجوه:

١ـ الاجماع. والمعلوم أنّه اجماع مستند إلى الروايات.

٢ـ قاعدة «لا ضرر». فإنّ الضرر هنا من جهات:

أ ـ أن يكون تلفه منه.

ب ـ كونه محجوراً من التصرّف فيه.

ج ـ وجوب حفظ المبيع للمشتري. وربّما يكون الحفظ حرجياً أيضاً.

يلاحظ عليه: أنّه لو كان الميزان هو الضرر والحرج النوعيان يصح التمسّك بهما مطلقاً سواء أكان هناك ضرر وحرج شخصيان أم لا، غاية الأمر تكون الروايات الآتية محدِّدة لمفادهما، وأمّا إذا كان الملاك هو الشخص، فتختلف حال الاشخاص ولا يصحّ الحكم بالخيار إلاّ بعد طروئهما، فربّما يكون في مورد ضررياً أو حرجياً دون المورد الآخر ولكلٍّ حكمه، ولأجل قصور الوجهين فالأولى الاستدلال بالروايات.

١ـ الحدائق: ١٩/ ٤٨.

٢ـ التعليقة: ٢/ ٥٢.

٣ـ الجامع للشرائع/ ٢٤٧.

٣ـ الروايات المتضافرة المغنية عن دراسة رجالها وهي بين صحيحة وموثقة وضعيفة.

١ـ صحيحة زرارة، عن أبي جعفر ـعليه السلامـ: قال: قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثم يدعه عنده، فيقول: حتى آتيك بثمنه؟ قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيّام، وإلاّ فلا بيع له.

٢ـ خبر عبد الرحمان بن الحجاج قال: اشتريت محملاً فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه، ثمّ اُحتبِستُ أيّاماً، ثمّ جئت إلى بائع المحمل لآخذه فقال: قد بعته، فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أُقاضيك، فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصّتنا، فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضي بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيّام وإلاّ فلا بيع له.

٣ـ صحيحة علي بن يقطين: أنّه سأل أبا الحسن ـعليه السلامـ عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن؟ قال: فإنّ الأجل بينهما ثلاثة أيّام، فإن قبض بيعه وإلاّ فلا بيع بينهما.

٤ـ خبر إسحاق بن عمّار، عن عبد صالح ـعليه السلامـ قال: من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيّام ولم يجئ فلا بيع له [1].

ولأجل تحديد مفاد الروايات وتبيين شروط خيار التأخير نبحث عن أُمور:

الأوّل: ما هو مفادها، فهل هي ظاهرة في البطلان بعد ثلاثة، أو ظاهرة في نفي اللزوم؟ وجهان: يرجّح الأوّل بأنّ النكرة الواقعة في سياق النفي موضوعة لنفي

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

الحقيقة، فإذا تعذّرت ـــ لوجود البيع ـ فأقرب المجازات وهو نفي الصحّة، أولى. ويؤيّده فهم جماعة من الأصحاب كما مر.

ويرجّح الثاني بأنّ الهيئة وإن كانت ظاهرة في نفي الحقيقة ثمّ نفي الصحّة إلاّ أنّ هنا قرائن تدل على أنّ المراد نفي اللزوم وإليك البيان:

١ـ إنّ الجزاء المقدر ـ في صحيحة زرارة: «إن جاء فيها بينه وبين ثلاثة أيّام وإلاّ فلا بيع له»، وفي رواية عبد الرحمان بن الحجاج: «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيّام وإلاّ فلا بيع له» وفي رواية علي بن يقطين: «فإن قبض بيعه وإلاّ فلا بيع بينهما» ـــ عبارة عن قوله: يجب عليه الوفاء بالعقد، أو يجب أداء المبيع، ونحو ذلك، فلو كان هذا هو الجزاء فيكون مفسّراً لقوله «وإلاّ فلا بيع له» والمراد أنّه إذا لم يجئ لا يجب عليه الوفاء والأداء لا البطلان.

ويؤيّد ذلك أنّ الإمام عبّر فيما يفسد من يومه بالعهدة وقال: «العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل»[1] ومعناه أنّه بعد مرور الزمان المحدّد، لا تعهّد للبائع وهو عبارة أُخرى عن نفي اللزوم.

وبعبارة أُخرى أنّ الهدف من السؤال، هو تعيين تكليف البائع فإنّه كان في السابق ملزماً ـ بالوفاء ـ بالعقد، واقباض المبيع فأراد أن يقف على أنّه هل هو ملزم به مثل السابق أو لا، فوافاه الجواب بإنّه لا بيع، فيكون المراد، هو نفي اللزوم، فأشبه بالبناء المتزلزل الذي يصحّ أن يوصف بأنّه لا بناء، كما يصحّ أن يوصف المنهدم أيضاً بأنّه لا بناء.

٢ـــ إنّ الحكم في المقام إمتناني، ومقتضاه صحّته بلا لزوم لا بطلانه إذ

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

ربّما يتعلّق الغرض ببقاء العقد واستمراره بحيث يكون في بطلانه ضرر عليه.

٣ـ ما ورد في دعائم الإسلام: انّه من اشترى صفقة وذهب ليجيئ بالثمن فمضت ثلاثة أيّام ولم يأت به: فلا بيع إذا جاء يطلب إلاّ أن يشاء البائع [1].

٤ـ يؤيّده أيضاً ما في رواية علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن ـ عليه السلام ـ عن رجل اشترى جارية وقال: أجيئك بالثمن؟ فقال: «إن جاء فيما بينه وبين شهر وإلاّ فلا بيع له» [2] بناء على أنّ الرواية غير مختصّة بموردها وأن الاجابة مستحبّة إلى شهر ـ وذلك جمعاً بين الروايات ـ وهو لا يجتمع مع البطلان.

وأمّا تأييده بإفراد الضمير في أكثر الروايات، الدال على انتفاء البيع بالنسبة إلى المشتري، فهو معارض بما في رواية علي بن يقطين «بأنّه لا بيع بينهما»، فلو قلنا بعدم المفهوم للأوّل يرتفع التعارض.

ولو شك في المفاد، فالمحكَّم عند الشيخ هو استصحاب الآثار المترتبة على البيع، وليس اللزوم بالنسبة إلى الصحّة من قبيل الفصل إلى النوع، حتى يلزم من ارتفاعه، ارتفاع الموضوع وانهدام وحدة القضيتين، بل اللزوم والجواز من الآثار والأحكام للصحّة، فهي موضوع لهما عند العرف كما لا يخفى.

ولكنّ التمسّك به إنّما يصحّ لو احتملنا طروء البطلان على البيع بعد انعقاده صحيحاً قطعاً، وأمّا لو احتملنا أنّ معناه عدم انعقاد المعاملة من الأصل وأنّها مرعيّة بعدم تأخير الثمن أزيد من ثلاثة، فإذا أُخّر أزيد منها، انكشف عدم انعقاد المعاملة من حين وقوعها، فلا يكون في المقام قضية متيقنة حتى تستصحب.

١ـ المستدرك: ج ١٣، الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ١.

٢ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

شروط خيار التأخير:

يعتبر في خيار التأخير أُمور أربعة:

١ـ عدم قبض المبيع.

٢ـ عدم قبض مجموع الثمن.

٣ـ عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين.

٤ـ أن يكون المبيع عيناً أوشبهها كصاع من صبرة.

وإليك دراسة هذه الشروط:

الشرط الأوّل: عدم قبض المبيع:

يعتبر في ثبوت خيار التأخير عدم قبض المبيع، ونقل في الحدائق والجواهر[1]: إتفاق الأصحاب عليه ونقل في الأخير عن بعض الأفاضل: عدم اعتباره ومال هو إليه، وعلى كل تقدير، فمصدر القولين ما عرفته من الروايات. فنقول:

يدلّ على الاعتبار صحيحة علي بن يقطين حيث قال: «فإن قبض بيعه، وإلاّ فلا بيع بينهما» ثمّ إنّ الفعل (قبض) لو قرئ مخفَّفاً يتعدّى إلى مفعول واحد، يقال قبض الشيء: أخذه وقبض الله فلاناً، وقبض روحه: أماته، قال سبحانه: ﴿وَيَنْهَوْنَ عَنِ المَعْرُوفِ وَيقْبِضُونَ أَيدِيَهُمْ﴾ (التوبة/ ٦٧) وعلى هذا يكون الفاعل صاحب البائع أي المشتري: أي فإن قبض الصاحب المبيعَ.

١ـ الحدائق: ١٩/ ٤٥، الجواهر: ٢٣/ ٥٣.

وأمّا لو قرئ بالتشديد فحينئذ يتعدّى إلى مفعولين يقال: قبَّض فلاناً المال: أعطاه إيّاه، وعلى هذا يكون الفاعل هو البائع، والمراد: قبّض البائعُ صاحبه المبيعَ. وعلى كلا التقديرين لفظة «البيع» بمعنى المبيع بقرينة صدر الرواية: «يبيع البيع» والفقرة على كلتا القراءتين دالّة على اشتراط عدم القبض، وأنّه لو كان هناك قبض فلا خيار.

وهناك احتمال ثالث وهو قراءة «البيع» بالتشديد وهو يطلق على كلّ من المتعاملين، وقد رجعت إلى بعض المعاجم فلم أجد استعماله مفرداً، وعلى فرض صحّته فلو قرئ الفعل بالتشديد يكون البيّع مفعولاً ويقصد منه المشتري أي: إن قبّض البائع المشتريَ.

ولو قرئ بالتخفيف فإن قصد منه المشتري يكون فاعلاً أي: إن قبض المشتري ماله.

نعم لو أُريد منه ـ في هذه الحالة ـ البائع يكون الكلام راجعاً إلى قبض الثمن.

والاحتمالات الثلاثة الأخيرة ضعيفة، والأوّل ثمّ الثاني هو الأقوى.

ونقل بعض المحشّين أنّ الموجود في نسخة المختلف مكان «بيعه» هو «ثمنه» وعلى هذا يسقط الحديث عن الدلالة، ولكن الاعتماد عليها ضعيف جداً.

ثمّ إنّه لو تمّت دلالة الحديث فأمر الاطلاقات سهل.

أمّا خبر إسحاق بن عمّار: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيّام ولم يجئ فلا بيع له، فالذيل منصرف إلى أنّه لم يجئ ليقبض المبيع بقرينة قوله: «من اشترى بيعاً» فهو على الشرطية أدلّ.

وأمّا ما جاء في كلام القاضي ابن عياش حيث نقل عن الإمام: «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيّام وإلاّ فلا بيع له» فلا يعتد باطلاقه ولعلّ ترك القيد لكونه مفروضاً في السؤال حيث قال: «واشتريت محملاً فأعطيت بعض ثمنه، وتركته عند صاحبه» وتصوّر أنّ ترك المتاع عنده، قبض كما ترى، ومثله ما ورد في صحيحة زرارة «ثم يدعه عنده» والمراد منه، هو جعل المبيع مشخصاً لا إقباض المبيع، ولأجل ذلك لو تلف، تلف من مال البائع لا الصاحب. ومثله حديث الجارية، وبالجملة لا يستفاد من هذه الروايات الثلاث أنّ موردها قبض المبيع، حتى يعارض ما دلّ على شرطية عدم قبضه.

وبالجملة: لو قلنا بأنّ المراد هو إقباضه وتركه عنده أمانة، فيكون مفادها أنّ تمام الموضوع هو المجيئ بالثمن فإن جاء به في الثلاثة، وإلاّ فلا بيع، وعند ذلك يقع التعارض بينه وبين صحيحة ابن يقطين.

ولكن تفسير الايداع في رواية زرارة أو الترك في رواية عبد الرحمان بن الحجاج بالقبض غير تام والرائج هو العقد وتعيين المبيع وعدم قبضه، ولأجل اعطاء الاطمئنان للبائع، لا يقبض المبيع حتى يجيئ بالثمن، فيكون المورد ممّا لم يقبضه المثمن.

ثمّ إن قبض البعض كلا قبض، لأنّ البعض ليس بمبيع إلاّ إذا انحلّ إلى مبيعين، ويكون البعض في مقابل واحد.

ولو بذل المشتري الثمن، وامتنع البائع من قبضه واقباض المبيع فلا خيار لأنّ مدار الخيار على عدم المجيئ بالثمن والمفروض أنّه بذل وامتنع

البائع.

ولو قبضه المشتري بلا إذن البائع، مع عدم إقباض الثمن، فالظاهر سقوط الخيار. لفقدان الشرط، وصدق القبض.

إنّما الكلام إذا إستردّه، فقد بنى الشيخ الأعظم المسألة على إرتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض وعدمه، إذ مع ارتفاع الضمان لا ضرر على البائع إلاّ لأمرين وكلاهما قابلان للدفع:

١ـ وجوب حفظ مال الغير.

٢ـ عدم وصول ثمنه.

وكلاهما قابلان للدفع فله أخذ المبيع مكان الثمن مقاصة، وأمّا مع عدم ارتفاع الضمان فيجري دليل الضرر.

الظاهر سقوط الخيار أيضاً مثل ما لم يستردّه لحصول القبض، والملاك في سقوط الخيار وعدمه في الروايات هو صدق القبض وعدمه. وليست المسألة مبنيّة على الضرر.

ولو سلّمنا فالظاهر بقاء الخيار حتى مع إرتفاع الضمان وذلك لأنّ الضرر ـ من الأمرين اللذين أشار إليهما ـ بعد باق، لأنّ التقاص إنّما هو في مورد امتناع من عليه الحق عن الأداء لا مطلقاً.

ولو مكّن البائع المشتري من القبض، فلم يقبض، فقد بنى الشيخ المسألة على ارتفاع الضمان وعدمه فيسقط على الأوّل دون الثاني.

والظاهر بناء المسألة على صدق القبض وهو غير صادق.

الشرط الثاني: عدم قبض الثمن:

اتّفقت كلمتهم على هذا الشرط، وهو ظاهر الأخبار وقد تكرّرت هذه الجملة: إن جاء بينه وبين ثلاثة أيّام وإلاّ فلا بيع له. حتى أنّ بعضهم جعل الموضوع عدم المجيئ بالثمن، سواء أقبض المثمن أم لا، فهو شرط متّفق عليه، وقبض بعض الثمن، كـ : لا قبض لعدم كونه ثمناً.

ولو قبضه بلا إذن فهو كـ : لا قبض، لأنّ تعيين ما في الذمّة في فرد، من صلاحيات المشتري لا البائع، اللّهمّ إذا كان ممتنعاً، فيعيّن بتعيين الفقيه، وبالجملة أنّ ولاية المشتري في تعيين الثمن الكلّي في فرد بعد باق، فلا يتعيّن بدون إذنه .

وعلّله الشيخ بوجه آخر وهو «أنّ ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرّف فيه باق»، وقد عرفت أنّ الخيار في المقام تعبّدي وليس دائراً مدار الضرر. والحق عدم صدق قبض الثمن عليه، وهذا هو الوجه لبقاء الخيار.

ولو كان مديوناً للمشتري بمقدار الثمن، فاحتسبه ثمناً، الظاهر عدم الكفاية لما عرفت من أنّ تعيين الثمن الكلّي في فرد يحتاج إلى إذن المشتري أو تدخّل الفقيه عند إمتناعه.

ولو عرض المتاع على المشتري ومكّنَه منه فلم يقبضه، فأخذ من ماله بمقداره فهل يسقط الخيار أو لا؟ فقال الشيخ بسقوطه لعدم دخوله في منصرف الأخبار وعدم تضرّر البائع بالتأخير.

يلاحظ عليه : أنّ تعيين الكلّي في فرد يحتاج إلى إذن المالك، أو تدخّل

الفقيه، والمفروض أنّه غير ممتنع، فكيف يتعيّن فيه. ولا يجوز له الأخذ تقاصّاً، لما عرفت من أنّه في مورد امتناع من عليه الحق عن ادائه.

ولو مكّنه المشتري من الثمن فلم يقبض، فالظاهر عدم الخيار، لانصراف الأخبار عن مثله بل لا يصدق عليه عدم المجيئ بالثمن.

كما أنّه لو امتنع البائع من تسليم المثمن، فالظاهر عدم الخيار، لانصراف الأخبار عنه. بل القول بالخيار في الصورتين الأخيرتين أمر مستنكر عرفاً.

الشرط الثالث: تأخير الثمن ثلاثة أيّام:

المتبادر من الروايات أنّ التحديد بثلاثة، تحديد شرعي وامهال مولوي من جانب الشارع للمشتري، ومن المعلوم أنّ الإمهال إنّما هو في مورد لم يكن هناك مجوّز للتأخير كاشتراطه في متن العقد.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أوشبهها كصاع من صبرة:

ويمكن استظهاره مضافاً إلى وروده في عبارة الخلاف والمهذب وغيرهما من كتب الأصحاب، أنّه ورد في النصوص الجمل التالية: ١ـ «يشتري من الرجل المتاع ثمّ يدعه عنده» و ٢ـ «اشتريت محملاً» و٣ـ «عن الرجل يشتري المتاع أو الثوب» وكلّها ظاهرة في الشخصي، ولا يعمّ الكلّي.

نعم ورد في نقل ابن عياش عن أبي عبد الله ـعليه‌السلامـ: «من اشترى شيئاً».

وفي رواية «يبيع البيع» وفي رواية إسحاق بن عمّار: «من اشترى بيعاً».

والحق انّه لا يستفاد من الطائفة الأُولى الاختصاص بالشخص، كما لا يستفاد من الثانية العموم لعدم كونها في مقام البيان من هذه الجهة.

غير أنّ هذا الخيار لما كان على خلاف القاعدة فإنّ الجواز بعد اللزوم ثبت تعبّداً فيقتصر على المتيقّن من الموارد، وهو المبيع الشخصي مضافاً إلى المناسبة المغروسة في الأذهان من أنّ هذا الخيار لأجل ذبّ الضرر عن جانب البائع، وهو موجود في الشخصي دون الكلّي، لا أقول إنّ الحكم دائر مدار الضرر، ولكن يمكن أن يكون قرينة على الانصراف.

أُمور معتبرة عند بعضهم:

ثمّ إنّ هنا أُموراً اعتبرها بعضهم نذكرها:

١ـ عدم الخيار للمشتري:

ووجه اعتباره أنّ ظاهر الأخبار أنّ خيار التأخير في مورد يكون المشتري بغير حق وأمّا ذو الخيار فله حق التأخير فإنّ التأخير بمنزلة التأجيل.

يلاحظ عليه: أنّ ما استظهره من الأخبار أمر صحيح، لكن ليس لذي الخيار حق التأخير، بل يجب عليه تسليم ما لديه سواء كان بائعاً أم مشترياً، وذلك لاطلاق قوله سبحانه ﴿**أَوفوا بالعقود**﴾ لما عرفت من دلالته على استمرار وجوب الوفاء أوّلاً، وإطلاق سلطنة الناس على أموالهم ثانياً، وما في يد المشتري ملك للبائع.

أضف إلى ذلك: أنّ لازم ذلك كون مبدأ خيار التأخير، هو التفرّق في مطلق البيع، وبعد إنقضاء الثلاثة في بيع الحيوان وهو كما ترى.

٢ـ تعدّد المتعاقدين:

يشترط تعدّد المتعاقدين لأنّ النص مختصّ بصورة التعّدد.

يلاحظ عليه: أنّ الظاهر وجود القصور في التعبير ولعل «تعدد المتعاقدين» كناية عن امكان القبض والإقباض وعليه فلو عقد الجدّ، وبيده العوضان لا يتحقق الشرط، وإلاّ فلو أمكن القبض والإقباض فلا اشكال في ثبوته وإن كان العاقد واحداً، كما إذا كان وكيلاً عن الطرفين في خصوص إجراء العقد والعوضان بيد الموكلين.

٣ـ عدم كون المبيع جارية:

ولعل من شرط ذلك استند إلى رواية ابن يقطين [١] الماضية وهي معرض عنها ولوحملت على الاستحباب، لقصر عن اثبات اللزوم.

وأمّا مبدؤه فالكلام فيه كالكلام في غيره من الخيارات فلا نعيد.

في مسقطات خيار التأخير:

يسقط هذا الخيار بأُمور قد تقدم الكلام فيها فيما مرّ ونذكرها في المقام اجمالاً:

١ـ إسقاطه بعد الثلاثة، قولاً أو فعلاً: ومثله إسقاطه كذلك فيها وقد عرفت أنّه ليس من قبيل إسقاط ما لم يجب، وبما أنّ مستند خيار التأخير هو الروايات لا «قاعدة لا ضرر» لا يصحّ أن يقال: إنّ السبب هو الضرر الحاصل بالتأخير

١ـ الوسائل: ج١٢ الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

فلا يتحقّق إلاّ بعد الثلاثة، وعلى ضوء ما ذكرناه فالعقد مقتض لثبوت الخيار، فيصحّ إسقاطه كسائر الخيارات.

٢ـ إشتراط سقوطه في متن العقد: وجه الصحّة ما ذكرناه وبه يتبيّن عدم تمامية ما ذكره الشيخ في عدم صحّة الإسقاط: «إنّ السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد فانّ الشرط إنّما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط الخ» بل السبب نفس العقد بنحو المقتضي، وليست القاعدة مستنداً لخيار التأخير بل الروايات.

٣ـ بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة: ذكره العلاّمة في التذكرة، وقيل بعدم السقوط لأجل الاستصحاب واستصوبه الشيخ لو كان مدرك الخيار هو الروايات دون القاعدة لبقاء الموضوع في الأُولى دون الثانية، لأنّ الموضوع ـ لو كان مدرك الخيار هو القاعدة ـ هو الضرر، ولا شك في عدم الضرر حال بذل الثمن فلا ضرر ليتدارك بالخيار، ولو فرض تضرّره سابقاً بالتأخير فلا يتدارك ذلك بالخيار وإنّما يتدارك به الضرر المستقبل.

يلاحظ عليه: أنّه لو كان المدرك لخيار التأخير هو الروايات لا حاجة إلى الاستصحاب، بل اطلاقها يكفي في إثبات بقاء الخيار حيث يقول: «إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيّام وإلاّ فلا بيع له» ، أي تنقضي سلطنته مطلقاً سواء بذل الثمن فيما بعد أو لا.

كما أنّه لو كان المدرك قاعدة الضرر، يجوز التمسّك بالخيار لو احتمل كون الضرر واسطة في الثبوت دون العروض لأنّه إذا كانت الواسطة واسطة في الثبوت يكفي وجود الواسطة آناً ما في دوام الحكم كالتغيير في الماء فيحدث فيه نجاسة مستمرة وإن زال تغييره بنفسه، فالموضوع للحكم في القضيتين هو الماء والتغيير

واسطة في ثبوت الحكم له لا في إستمرار الحكم، وفي المقام الموضوع للخيار هو العقد، والسبب حدوث الضرر في الثلاثة، فيكفي ذلك في بقائه وإن زال الضرر بعده ببذل الثمن.

٤ـ أخذ الثمن من المشتري بعد الثلاثة: ويقع الكلام في الثبوت والإثبات، أمّا الأوّل: فلو نوى عند الأخذ الإلتزام بالبيع، فالخيار يسقط وإلاّ فلا، وعندئذ لا يكون مسقطاً مستقلاً بل يكون من المسقطات الفعلية ويدخل في القسم الأوّل، أعني: إسقاطه بعد الثلاثة، وقد عرفت أنّه أعمّ من القول والفعل.

وأمّا الإثبات فالظاهر أنّه يحكم عليه بالإسقاط إذا كان عالماً بالموضوع والحكم، فلا يقبل منه تفسير الأخذ بغير هذا الوجه، من غير فرق بين علمه بوجه الأخذ، أو الظن به أو عدمهما.

٥ـ مطالبة الثمن: وقد احتمل بعضهم سقوطه به وهو ضعيف إذ لا دلالة لها على الإسقاط، إذ من المحتمل أن تكون لأجل استكشاف حال المشتري وأنّه هل مستعد للدفع فيمضي أو لا فيفسخ، ولو ادّعى ذلك فيقبل منه. وكم فرق بين أخذ الثمن ومطالبته.

هل خيار التأخير فوري أو لا؟

ظاهر النصوص هو كونه على وجه التراخي وأنّ للبائع بعد عدم مجيئ المشتري بالثمن، الخيار مطلقاً، ولا قصور في النصوص حتى يتمسّك بالاستصحاب، وعلى ضوء هذا لا موضوع للبحث عن كون المورد من مواضع التمسّك بالعام أو من مواضع التمسّك بالاستصحاب.

حكم تلف المبيع في الثلاثة وبعدها:

قد عرفت أنّ البيع ـ عند تأخير الثمن ـ لازم في الثلاثة وجائز بعدها إمّا مؤقتاً ثم يصير لازماً كما على القول بالفورية، أو مستمراً كما على القول بالتراخي، فعندئذ يقع الكلام في أحكام تلف المبيع فيها وبعدها، فيقع الكلام في صورتين:

الصورة الأُولى: تلف المبيع بعد الثلاثة:

اتّفقت كلمتهم على أنّ المبيع لو تلف بعد الثلاثة كان من البائع إجماعاً مستفيضاً بل متواتراً، ومن المعلوم أنّ الإجماع، إجماع مستند إلى الدليل الشرعي، وهو عبارة عن القاعدة الفقهية المعروفة «**كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه**».

واطلاق الحديث يعمّ ما لو تلف في حال الخيار أو بعده والقاعدة متخذة من النبوي المرسل، وقد رواه صاحب المستدرك [1].

ويؤيّده حكم العقلاء فإنّ البائع مسؤول عن المبيع إلى أن يُسلِّمه إلى المشتري، ولا يكفي إجراء العقد في رفع الضمان ما لم ينضم إليه التسليم، وتؤيّده معتبرة عقبة بن خالد عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده، ولم يقبضه، قال: آتيك غداً، إن شاء الله، فسرق المتاع من مال مَن يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه، حتى يردّ

١ـ المستدرك: ج١٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

ماله إليه (١).

ويكفي إطلاق الرواية في المقام، سواء قال المشتري: «آتيك إن شاء الله غداً» أو لا، كان في زمان الخيار أم لا ؟.

نعم هناك قاعدتان ربّما يتراءى منهما أنّ الضمان على المشتري دون البائع، وعلى ذلك يجب علاج التعارض بين النبوي الماضي وهاتين القاعدتين، وإليك البيان:

١ـ «الخراج بالضمان»:

هذه القاعدة تدلّ على الملازمة بين الخراج والضمان، وأنّ من له الخراج والغلة والنماء، فعليه الضمان، وبما أنّ الخراج هنا للمشتري لأنّ نماء الملك لمالكه، فعليه الضمان.

فيطيب لي قبل علاج التعارض توضيح مفاد القاعدة وبيان مصدرها.

انّ الملازمة بين ملكية النماء والخراج وضمان الرقبة، يتصوّر على وجهين:

١ــ الملازمة بين مالكية النماء، وضمان المالك للملك نفسه، سواء كانت الملكية قطعية غير متزلزلة أو غير قطعية متزلزلة.

٢ـ الملازمة بين مالكية النماء ومطلق ضمان العين، وإن كان لأجل الاستيلاء

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠، من أبواب الخيار، الحديث ١. وفي سند الرواية محمد بن عبد الله بن هلال، ولم يرد فيه توثيق، لكن يروي عنه المشايخ نظراء: محمد بن الحسين بن أبي الخطاب، والحسين بن عبيد، ومحمد بن أحمد بن يحيى وغيرهم.

وأمّا خالد بن عقبة فهو الذي روى أقضية النبيّ ﷺ عن الصادق ـعليه السلام ـ وهو ممدوح وإذا انضم إليهما اتقان الرواية كفى في الاعتماد.

على عين الغير من غير حق، كالمتصرّف في عين الآخر بلا إذن، وقد فهم أبو حنيفة من الحديث معنى وسيعاً يشتمل القسم الثاني أيضاً، فحكم بعدم إشتغال ذمّة غاصب الدابّة إذا استغلّها، معلّلاً بأنّ الخراج في مقابل ضمانه للعين، ولما سمع الصادق -عليه السلام- ما أفتى به أبو حنيفة قال: في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها ...[1].

وعلى هذا يكون الحديث مختصّاً بضمان المالك مقابل خراج ملكه سواء أكان ملكاً قطعياً أم متزلزلاً وتعميمه إلى مطلق الضامن ولو عن استيلاء باطل، مردود بنص الإمام الصادق -عليه السلام- مضافاً إلى أنّه أمر مستنكر عرفاً يجب تنزيه الشرع عنه.

أضف إلى أنّ مورد الحديث عبارة عن ضمان المالك ماله وإن كانت مالكيته متزلزلة ونحن نذكر من الكثير القليل منه ليكون معيناً على فهم الحديث.

إنّ رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبيّ ﷺ وبه عيب لم يعلم به فاستغلّه ثمّ علم العيب فردّه، فخاصمه إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إنّه استغلّه منذ زمان، فقال رسول الله: الغلّة بالضمان، وفي بعض الروايات: قضى أنّ الخراج بالضمان[2].

ويدل عليه أيضاً ما رواه إسحاق بن عمّار قال: قلت لأبي إبراهيم -عليه السلام-: الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الآفة على من يكون؟ قال: على مولاه، ثمّ قال: أرأيت لو قتل قتيلاً على من يكون؟ قلت: في عنق العبد، قال:

١ـ الوسائل: الجزء ١٣، الباب ١٧ من أبواب أحكام الاجارة، الحديث ١.

٢ـ سنن البيهقي: ج ٥ / ٣٢١ باب المشتري يجب بما اشتراه عيباً وقد استغلّه زماناً.

ألا ترى فلم يذهب مال هذا؟ ثمّ قال: أرأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مائتي دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه، قال: كذلك يكون عليه ما يكون له [١].

هذا فقه الحديث وتوضيحه [٢] وأمّا علاج التعارض، فربّما يعالج، بأخصّية الأوّل عن الثاني، وأنّ الأوّل مختصّ بما قبل القبض، والثاني أعم منه ومن عدم القبض، والحق بالنظر إلى موردها أنّ بين الحديثين، التباين من حيث الموضوع فإنّ موضوع الأوّل، هو «حالة عدم قبض المبيع»، والآخر على العكس، فالحديثان متوجّهان إلى موضوعين لا إلى موضوع واحد، حتى نبحث عن التعارض وعدمه.

٢ـ التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له:

هذه هي القاعدة الثانية التي تعارض النبوي الأوّل (التلف قبل القبض)، فلو تلف بعد الثلاثة أي في زمن خيار البائع، فالتلف من المشتري، لأنّه ممّن لا خيار له، دون البائع. ولو قلنا بامتداد الخيار، يكون التعارض بينهما إستمرارياً.

يلاحظ عليه: أنّه قد تقدّم تحديد مفاد القاعدة عند البحث عن خيار الحيوان، وقلنا إنّ القاعدة قاعدة تعبّدية ليس لها أصل بين العقلاء فيقتصر على موردها وهي مختصة بخيار الحيوان إذا تلف في الثلاثة فهو من البائع الذي لا خيار له، وخيار الشرط في خصوص تلف المبيع إذا كان المشتري ذا خيار ولا يمكن

١ـ الوسائل: ج ١٣، الباب ٥ من أبواب الرهن الحديث ٦.

٢ـ وبذلك يظهر عدم تمامية تفسير الحديث بأنّ المراد أنّ الخراج كالزكاة والجزية في مقابل التعهدات للمسلمين من ادارة شؤونهم العامّة، ونحو ذلك، كما نبّه به سيدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ في المقام.

التعدّي عنهما إلى غيرهما، وقد ذكرنا ما هـو الوجه العرفي لتضمين البائع في المقام، فلاحـظ. وعلى كل تقديـر فمورد القـاعدة عبارة عـن التلف بعد القبـض كما هو صريح نصوصها، بخلاف المقام.

الصورة الثانية: إذا تلف في الثلاثة:

إذا تلف المبيع في وقت اللزوم أي في الثلاثة فقد اختلفت كلمتهم في المقام إلى أقوال ثلاثة:

١ـ التلف من المشتري، نسب إلى المفيد، وبـه قال الشيخ في الخلاف، وهو خيرة سلار وأبي الصلاح.

٢ـ التلف من البائع، نصّ به الشيخ في النهاية.

٣ـ التفصيـل بين ما إذا عرض البـائع التسليم فامتنع المشتري مـن القبول فالضمان عليه، وما إذا لم يعرض فالضمان على البائع [١].

استدل للقـول الأوّل ـ على مـا في المختلف ـ: بأنّ المال انتقل إلى المشتري فيكون ضمانه عليه.

يلاحـظ عليه: أنّ مـا ذكره صحيح لكـن ضمانه إنّما يـرتفع حسب الـرواية بالاقباض والقبض، والمفروض أنّه تلف قبلهما فيكون الضمان على البائع، وبذلك يظهر أنّ الحق هو القول الثاني، بل تضمين المشتري لماله قبل القبض أمر يستنكره العقلاء فيجب تنزيه الشرع عنه.

١ـ المختلف: ١٧٣.

لو اشترى ما يفسد من يومه:

لو اشترى ما يفسد من يومه ولم يجئ بالثمن. ففي مرسلة محمّد بن أبي حمزة: في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن؟ قال: إن جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن وإلاّ فلا بيع له [١].

وفي خبر عن زرارة عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ في حديث قال: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل [٢].

إنّما الكلام في تبيين ما هو المقصود من «ما يفسد من يومه» فإن كان المراد منه ما يفسد قرب دخول الليل، فيكون الخيار في أوّل أزمنة الفساد، ومن المعلوم أنّ الخيار لا يجدي في هذا الحال.

لكن الظاهر أنّ المراد منه هو اليوم مع ليله، وقد تقدم في مبحث خيار الحيوان: أنّ لذلك اللفظ استعمالات مختلفة، منها هذا وهو اصطلاح رائج، فالمفسد هو مبيته، فيكون للبائع مجال لبيعه من غيره، ولو تأخّر الخيار عن أوائل الليل، لضاق المجال وربّما صار غير متمكّن منه. ولأجل ذلك عبّر الشهيد بخيار ما يفسده المبيت.

ثمّ إنّ الشيخ عدّ هذا الخيار من شؤون خيار التأخير، وقال: يشترط فيه ما يشترط فيه، واستظهر السيد الطباطبائي أنّ هذا الخيار، لا دخل له بخيار التأخير ولذا عدّه في اللمعة قسماً آخر، إذ المدار فيه على تأخير قبض المثمن، والحكمة فيه دفع ضرر فساده عن البائع، بمعنى كون التلف قبل القبض عليه، فلو فرضنا

١ـ في سنده حسن بن رباط، ولم يوثّق.

٢ـ الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١١ من أبواب الخيار الحديث ١ و٢.

قبض الثمن دون المثمن وكان تـأخيره موجباً للفساد، كان للبـائع أيضاً الخيار ... والحاصل أنّ هذا الخيار، خيار تأخير قبض المثمن في مورد خاص، والخيار السابق خيار تأخير الثمن، والحكمة في هـذا دفع ضرر ضمان المبيع من جهة الفساد، وفي السابق دفع ضرر الصبر على تأخير الثمن [1].

يلاحظ عليه: أنّ لسان الروايات في المقـامين واحد، وعرفت رواية محمد بن أبي حمزة حيث جـاء فيها: «إن جاء فيما بينـه وبين الليل بالثمـن ...» حيث خصّ الخيار بمـورد عدم المجيئ بالثمـن ومفاده أنّه لا خيـار له إذا جاء بـه سواء قبض المثمن أم لا، وجعله كناية عن قبض المثمـن بحجّة أنّ الغالب أنّه يقبض المثمن حين المجيئ بالثمن كما تـرى وإلاّ يلزم جعله كناية عنـه في جميع الموارد، مع أنّه لم يجعل كناية عنه فيما سبق.

على أنّه لـولا هذا الترخيـص، لكان القول بـانصراف حديـث «التلف قبل القبض على البائع» عـن المورد هو المتعيّـن إذ هـو السبب لتلف مالـه لا البائع، وعليه فلو فرضنـا عدم الخيار للبائع لما كان يتوجّه ضرر عليـه إلاّ من ناحية تأخير ثمنه.

والظاهر وحدة الخيارين ماهية وشرطاً.

ولو لم يحدث في البيع إلاّ فوت السوق، فلا شك أنّ الحكم بلزوم العقد ضرر على البائع، فيجوز له البيع من الغير ، وما أفاده الشيخ من كونه فوت نفع لا ضرر إنّما يصحّ لو كان الفائت هو النفع وربّما يكون الفائت رأس ماله وقيمته.

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي ـ قسم الخيارات/ ٥٧.

الفصل السابع

خيار الرؤية

- تعريفه.
- دليله.
- في مسقطات خيار الرؤية الستة:

أ ـ التسامح في الإعمال على القول بالفورية.
ب ـ الاسقاط القولي بعد الرؤية.
ج ـ التصرّف بعد الرؤية.
د ـ التصرّف قبل الرؤية.
هـ ـ إسقاطه باللفظ قبل الرؤية.
و ـ إسقاطه في متن العقد.

- في سقوط خيار الرؤية بالبذل والإبدال.
- اختلاف المتعاقدين في الصفة.
- خيار الرؤية لا يختص بالبيع.

خيار الرؤية

تعريف خيار الرؤية؟

عرّفه الشيخ في الخلاف بقوله: بيع خيار الرؤية صحيح، وصورته أن تقول: بعتك هذا الثوب الذي في كُمّي أو في الصندوق فيذكر جنسه وصفته [1].

وقال ابن قدامة: ويعتبر لصحة العقد، الرؤية من البائع والمشتري جميعاً، وإن قلنا بصحّة البيع مع عدم الرؤية فباع ما لم يره فله الخيار عند الرؤية، وإن لم يره المشتري أيضاً فلكل واحد منهما الخيار ـ إلى أن قال ـ: وإذا وصف المبيع للمشتري، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحّة السلم، صحّ بيعه في ظاهر المذهب [2].

وقال المحقّق: ويلحق بذلك خيار الرؤية وهو بيع الأعيان من غير مشاهدة ويفتقر ذلك إلى ذكر الجنس وهو القدر الذي تشترك فيه أفراد الحقيقة، وذكر الوصف وهو الفارق بين أفراد ذلك الجنس.

إلى غير ذلك من الكلمات الحاكية عن حقيقة هذا الخيار وهو أنّ طريق الخروج عن الغرر إمّا الرؤية والمشاهدة، أو التعريف والتوصيف سواء أكان من

١ـ الخلاف: ج ٢/ ٥ المسألة ١ من كتاب البيوع.

٢ـ المغني: ج٣/ ٥٢١.

البائع أم من غيره، فإذا رأى المبيع فإن كان المرئي مطابقاً للموصوف، وإلاّ فله الخيار.

وعند ذلك يطرح في المقام سؤال: وهو أنّ خيار الرؤية عندئذ يرجع إلى خيار تخلّف الوصف، ولا يكون خياراً برأسه، وإن ذكرت الخصوصيات بصورة الاشتراط، فيكون من قبيل خيار تخلّف الشرط.

ويمكن أن يقال: إنَّ خيار تخلّف الوصف عبارة عن بيع شيء موصوفاً بوصف في متن العقد، بخلاف خيار الرؤية فإنّه عبارة عن توصيف البائع المبيع خارج العقد أو تواطئهما عليه، أو سبق رؤية المبيع، أو اختيار جزء منه وقياس الباقي عليه، ثمّ العقد عليه مبنيّاً على وجود الوصف.

وبهذا يمكن التفريق بين خيار الرؤية وخيار تخلّف الشرط، فلو ذكر الوصف في العقد بصورة الاشتراط وقال: اشترط عليك أن يكون كاتباً، وتخلَّف فالخيار خيار تخلّف الشرط دون خيار الرؤية، لأنّه البيع مبنياً على وجود الوصف في المبيع بأحد الطرق المذكورة من دون الاشتراط على البائع في متن العقد ـ مضافاً ـ إلى أنّ خيار تخلّف الشرط يصدق فيما إذا كان الشرط، إنجاز عمل كالخياطة وغيرها. وما ذكرنا، من الفرق أظهر ممّا ذكره بعض المحقّقين [1] فلاحظ.

ثمّ لو صحّ بيع خيار الرؤية، لَدَلَّ على أنَّ ذكر القيود في العقود غير لازم، وأنّ القيود المبنية عليها كالمذكورة في متن العقد، وانّ الاصرار على أنّ القيود إنّما تكون لازمة الوفاء إذا كانت مذكورة في العقد، واقعة تحت الانشاء غير تام ـ وإن كان بعض السادة من المشايخ مصِرّاً عليه في درسه الشريف [2].

١ـ تعليقة المحقّق الايرواني/ ٤٨.

٢ـ الأُستاذ فقيد العلم والفقاهة السيد محمد الكوه كمري ـ قدّس سرّه ـ.

ما هو الدليل على صحّة البيع:

المشهور عند الإمامية هو الصحّة قبل ظهور الخلاف وبعده، قال في الجواهر: لا ريب في صحّة البيع نصّاً وفتوى بل الاجماع بقسميه عليه [١].

نعم في المقنعة: ولا بأس ببيع الموجود في الوقت بالصفة وإن لم يشاهده المبتاع في الحال، فإن قبضه و وجده على الصفة التي ابتاعه عليها كان البيع ماضياً، و إن كان بخلاف الصفة كان مردوداً [٢] وقريب منه عبارة الشيخ في النهاية [٣] والظاهر أنّ المراد أنّه قابل للرد بدليل أنّه عبّر به أيضاً في خيار الغبن، فلاحظ.

وأمّا أهل السنّة فقد نقل الشيخ عن الشافعي أنّه قال: في القديم مطلقاً، وفي الحديث أنّه يصح في الصرف والصلح، وقال في الأم، والبويطي: لا يصح، ثمّ قال: والمسألة على قولين، والذي يختارونه أنّه لا يصحّ. وقال أبو حنيفة: يصحّ ذلك وإن لم يذكر الجنس ... وإنّما يفتقر إلى تعيين المبيع [٤] ونقل ابن قدامة عن أحمد: أنّه لا يصحّ حتى يراه لأنّ الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع [٥].

١ـ الجواهر: ج٢٣/ ٩٢.

٢ـ المقنعة/ ٥٩٤ ـ الطبعة الحديثة.

٣ـ النهاية/ ٣٩٧.

٤ـ الخلاف: ٢ كتاب البيوع المسألة ١، وما نقله عن أبي حنيفة من عدم لزوم ذكر الجنس وكفاية التعيين، هو من أقسام بيع الغرر فكيف جوّزه؟

٥ـ المغني: ٣/ ٥٢١.

أقول: يدلّ على الصحّة السيرة المستمرة بين العقلاء، حيث يبيعون أطناناً من الحبوب باراءة نموذج منها، كما يبيعون المنسوج كذلك، ولم يرد عنه ردع فتشمله أدلّة الامضاء، مضافاً إلى النص الوارد في المقام، أعني: صحيحة جميل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله -عليه السلام- عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلمّا أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلّبها ثمّ رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال أبو عبد الله -عليه السلام- : إنّه لو قلّب منها ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية [1] والرواية ظاهرة في أنّه اشترى الضيعة بتخيّل أنّ ما لم يره مثل ما رآه فبان الخلاف أو محمولة عليه. وقد استدل في الحدائق [2] برواية زيد الشحام وهي قاصرة الدلالة، ومن أراد التوضيح فليرجع إلى مرآة العقول [3].

ثمّ إنّ المعروف ذكر الأوصاف التي ترتفع بها الجهالة الموجبة للغرر وربّما ذكر ضابطتان غيرها:

١ـ ما ذكره العلاّمة في التذكرة وقال: يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفاً يكتفي في السلم عندنا.

٢ـ يذكر ما يختلف الثمن باختلافه كما عن الوسيلة وجامع المقاصد، والظاهر أنّ المرجع في الجميع واحد.

ثمّ إنّ في المقام إشكالات ذكرها الشيخ لا بأس بتوضيحها:

١ـ وجود التنافي بين إعتبار ما يختلف الثمن باختلافه، وكفاية ذكر أوصاف

١ـ الوسائل: ج ١٢ الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

٢ـ الحدائق: ٩/ ٥٧.

٣ـ مرآة العقول، باب بيع السلم.

السلم من جهة أنّه قد يتسامح في السلم في ذكر بعض الأوصاف لإفضائه إلى عزة الوجود، وهذا المانع مفقود في المقام.

وأجاب الشيخ في المقام بأنّ المعتبر في السلم عين المعتبر في المقام لكن ربّما يتسامحون في بعض أفراد السلم لئلاّ ينتهي إلى عزّة الوجود. ولكن الجواب غير تام، لرجوعه إلى إلغاء الشروط اللازمة في الصحّة. وأنّ الفقهاء حكموا بصحّة العقود الغرريّة لغاية وصول المشتري إلى أغراضه وهو كما ترى.

والأولى أن يقال: إنّه لا يعتبر في المقام أزيد ممّا يعتبر في باب السلم بحيث يرتفع الغرر العرفي ويكفي فيه ذكر ما يتعلّق به أغراض غالب الناس. فيرتفع التنافي بارجاع الملاك إلى الثاني، لا العكس كما صنعه الشيخ.

٢ـ إنّ الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها غير محصورة والاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر إحالة على مجهول بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم، وقد أشار الشيخ إلى هذا الاشكال بقوله: «ثمّ إنّ الأوصاف التي يختلف الثمن... إلى آخره».

٣ـ إذا كان التوصيف يقوم مقام الرؤية، فيجب أن يعتبر في الرؤية ما يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعتبرة في العين الغائبة ممّا يختلف الثمن باختلافه، والمعلوم من السيرة عدم اعتبار الاطلاع بالرؤية على جميع الصفات المعتبرة في السلم و بيع العين الغائبة، وأشار أيضاً إلى هذا الاشكال بقوله: «وأشكل من ذلك... إلى آخره».

وقد أجاب الشيخ عن الاشكالين بجواب واحد بقوله: «ولا أجد في المسألة أوثق من أن يقال: إنّ المعتبر هو الغرر العرفي في العين الحاضرة والغائبة الموصوفة فإن دلّ على اعتبار أزيد من ذلك حجّة معتبرة أخذ به.

أقول: إنّ الجواب عن الاشكالات الثلاثة أمـر واحد، وهو أنّ أساس البيع على الانتفاع المعقول، والمداقّة التامّة تسـدّ باب المعاملات والمسامحة الخارجة عن الحد توجب الغرر، والاقدام على البيع والشراء على وجه يـرتفع به الغرر العرفي هو الأوسط، وهذا هو المعتبر في بيع الأعيـان الحاضرة والغائبة، وفي السلم وغيره، غير أنّ ما ذكره «من أنّ الغرر العرفي أخص من الغرر الشرعي» غير تام لأنّه ليس للغرر حقيقة شرعية. نعم لو دلّ الدليل على إعتبار شيء في باب البيع مع عدم إستلزامه غـرراً ـ لـو لم يعتبر ـ كلـزوم تعيين المبيع بين ثوبين متسـاويين من جميع الجهـات، فيعتبر تعبّداً لا لأنّ في عدم تعيينه غرراً.

٤ـ إنّ الأوصـاف إن لم تذكـرتلزم الجهـالة مـن حيث الوصـف و إن ذكرت كانت قيداً فيلزم الغرر من جهة الجهل بوجود المقيد بها فيرجع إلى غرر أعظم وهو غرر الـوجود. وقـد أشار إلى هذا الاشكـال بقولـه: «ثمّ إنّه يمكـن الاستشكال في صحّة هذا العقد... إلى آخره».

وأجاب عنه ما هذا حاصله: بالفرق بين كون الأوصاف شروطاً وكونها قيوداً، والغرر بمعنـى الجهل بوجـود المبيع إنّما يلزم لـو كان مـن قبيل الثاني حتـى يكون المبيع أمراً واحداً لا ما إذا كان من قبيل الأوّل، وهو كون المبيع، هو الموجود في بيته قطعـاً ولو كـان هنـا شك فليس الشـك في وجوده وعـدمـه بل الشك في وجـود الكيفية الزائدة على المبيـع. وأشار إلى هذا الجواب بقولـه: «ويمكن أن يقال: إنّ الأوصاف بمعنى الاشتراط لا التقييـد» ولكن الجواب غير تام، والفـرق بين القيد والشرط دقّة عقلية لا يلتفت إليها العرف، فلـو قلت: بعتك الفرس العربي فهو في نظـرهم مثل ما قلـت: بعتك الفـرس وأشترط عليك أن يكـون عربيـاً، فلو كـان الشك في وجـود المبيع الموصوف غـرراً فالغـرر موجـود في كلا الموردين. والعبارة

طريق إلى المقصود وليست مطلوبة بالذات، حتى تكون نفس الصيغة ملاكاً. وكيفية التعبير مناطاً للحكم، فإنّ الغاية لديهم هي الأُمور الخارجية الملموسة، لا التعبيرات والجمل المختلفة فمن فرّق بين العبارتين، فجعل التخلّف في الأُولى من قبيل تخلّف المبيع دون الثاني، فقد أعطى للكلام موضوعية وهو كما ترى، والحق أنّ التخلّف في كلا الموردين من باب تخلّف الكيفيّة، لا تخلّف الموضوع، وإنّما يكون من قبيل الثاني إذا قال: بعتك هذا القطن، فبان حديداً.

ثمّ إنّ الشيخ أجاب عن الاشكال بجواب ثان وهو بناء البيع على تصديق البائع أو غيره في إخباره باتّصاف المبيع بالصفات المذكورة أو بناء البيع على الاطمئنان باخباره والوثوق بقوله. أو إلتزامه الشرعي وتعهّده القانوني على كون المبيع موصوفاً بصفة كذا كما سيوافيك تفصيله عند البحث عن المسقط الخامس فانتظر.

٥ــ كيف يكون العقد صحيحاً والحال أنّ المعقود عليه غير موجود، والموجود غير معقود عليه.

والجواب أنّ تخلّف الأوصاف على قسمين: قسم يكون التخلّف سبباً على مغايرة المعقود عليه مع الموجود، كما إذا باع قطناً فبان حديداً، وأُخرى لا يكون سبباً على المغايرة بل المعقود عليه يكون موجوداً، غاية الأمر يكون فاقداً للوصف والكيفية العالية المطلوبة كما في المقام.

٦ـ إنّ الموجود وإن لم يعد مغايراً للمعقود عليه عرفاً إلاّ أنّه اشترط اتّصافه بوصف، بمعنى تقيّد الرضا به فلو تخلّف يكون البيع باطلاً ولذا إلتزم أكثر المتأخّرين بفساد العقد لأجل فساد شرطه.

أقول: هذا الاشكال لا يختص بالمقام (تخلّف وصف الكمال) بل يأتي في باب تخلّف وصف الصحّة الذي يعبّر عنه بخيار العيب، وفيما إذا صار الشرط فاسداً. وقد أجاب عنه الشيخ بأنّ المستفاد من النصوص والاجماعات من الموارد المتفرّقة عدم بطلان البيع لفقدان الصفة المقصودة غير المتقوّمة للمبيع.

والجواب بظاهره غير تام لأنّ معناه أنّ مقتضى القاعدة هو البطلان، إلاّ أنّ الصحّة من باب النصوص والاجماعات.

ثمّ إنّه ربّما يجاب عن الاشكال بأنّه أشبه بمقام تعارض الاشارة والوصف كما أنّه إذا قال: بعتك هذه الحنطة الصفراء فبانت حمراء فتقدم الاشارة على الوصف لأصرحيتها، فكذا المقام فإنّ بيع الحنطة الموجودة في البيت كأنّه إشارة إليها، فتقدم على الوصف.

ولكن الجواب غير مفيد، لأنّه يدفع به الاشكال الخامس من أنّ المعقود عليه غير موجود، والموجود غير معقود عليه لا الاشكال السادس.

ثمّ إنّ الشيخ نقل عن بعضهم ـ ولم يسمّه ـ [1] جواباً آخر، وحاصله: هو الفرق بين أن يقع القيد وصفاً للكلّي كما إذا قال: بعتك الحنطة الصفراء فدفع الحمراء فإنّه يكون من قبيل الوفاء بغير الجنس، من غير فرق بين أن يكون الوصف أمراً مقوّماً أو عرضياً، لأنّ الماهيات والمفاهيم مثار الكثرة فالمفهوم من الحنطة الصفراء، غير المفهوم من الحنطة الحمراء، والمعقود عليه هو الأوّل غير الثاني. وما

١ـ قال بعض المحشّين: المقصود هو الشيخ علي كاشف الغطاء في تعليقته على خيارات اللمعة.

إذا ورد وصفاً للموجود الخارجي، فلو كان الوصف ذاتياً أي مقوّماً لا عرضياً كان من قبيل تخلّف الذاتي، وأمّا إذا كان الوصف عرضياً فالمبيع و إن كان هو الموصوف إلاّ أنّه يصدق على الفاقد أيضاً.

يلاحظ عليه: بمثل ما ذكرناه في الجواب السابق فإنّ الكلام في الاشكال السادس وهو أنّ الرضا مقيّد من أوّل الأمر بالمقيّد دون العاري عنه، وكون الوصف أمراً عرضياً أو ذاتياً لا يكون قالعاً للاشكال. والحق في الجواب ما أشار إليه الشيخ نفسه في باب تصحيح العقد عند بطلان الشرط من كون المقام من باب تعدّد المطلوب وأنّ الوصف و إن كان مذكوراً في الانشاء بعنوان القيدية ـ فضلاً عمّا إذا لم يكن ـ إلاّ أنّه يجري عليه في العرف حكم تعدّد المطلوب، والسر في حكمهم هو كونه كذلك في أغراض نوع المعاملين. نعم لو علم في مورد كون المقام من باب وحدة المطلوب بحيث لايكون المشتري راضياً بدونه، فالأولى الحكم بالبطلان.

والدليل على أنّ المقام من قبيل تعدّد المطلوب، هو أنّه لو اقتنع المشتري بالفاقد، لا يطلق عليه أنّ البائع وفى بغير الجنس أو أخذ غير المبيع، بل يقال أخذ واقتنع بالكيفية النازلة.

هذه هي الاشكالات الستة في كلمات الشيخ. وقد عرفت ما هو الحق في الجواب، بقيت هنا أُمور:

ألف: إنّ الخيار مختصّ بما إذا كان الموجود مغايراً للموصوف، غير أنّه يظهر من بعض فقهاء أهل السنّة أنّ الخيار يثبت تلو الرؤية مطلقاً كان هنا تخلّف أو لا، نقله ابن قدامة عن الثوري وأبي حنيفة وأصحابه، وهو كما

ترى [١].

ب: الظاهر من الأصحاب كون المشتري مخيّراً بين الرد والإمساك، ولا يجوز له أخذ الأرش خلافاً للمنقول عن السرائر حيث أثبت الارش أيضاً وخصّه الشيخ بما إذا كان الوصف وصف الصحّة لا وصف الكمال. وسيوافيك اتقان ما ذهب إليه صاحب السرائر في المقام عند البحث عن خيار العيب، وقد تقدم ما يفيدك سابقاً وقلنا إنّ الثمن يوزّع على الأعيان وأوصاف الصحّة والكمال، وانّ التقسيط موافق للقاعدة، والاجماع المنقول على عدم الارش في الأوصاف الكمالية مخالف للسيرة العقلائية ولم يرد ردع عنها.

ج: إنّ المرجع في تشخيص الداخل في الحقيقة، والخارج عنها هو العرف، فاختلاف الخل المتّخذ من التمر مع الخل المتّخذ من الزبيب إنّما هو في الأوصاف، مثل اختلاف الدهن المتّخذ من الغنم والبقر، بخلاف لحومهما فالاختلاف هناك في الجنس، هذا ما يذكرونه في المقام.

نعم تظهر من الفقهاء في باب الربا المعاوضي ضابطة أُخرى وهو تبعية الفروع للأُصول، وبما أنّ الأُصول (التمر والزبيب والغنم والبقر) هناك متغايرة فالفروع محكومة بحكمها، فيجوز التفاضل عند المعاوضة بحجّة أنّهما من جنسين لا من جنس واحد. وعلى تلك الضابطة تكون الأُمور المذكورة متغايرة في الجنس في باب الربا وفي الوقت نفسه يحكمون على الحنطة والشعير بأنّهما من جنس واحد.

١ـ في صحيحة جميل المتقدّمة «ولو نظر إلى تسع وتسعين قطعة ثمّ بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها الخيار»، ولكن القدر المتيقّن، هو وجود المغايرة بين المرئي وغيره، لا أنّ وجود الرؤية سبب للخيار مطلقاً ولو لم تكن مغائرة ـ مضافاً ـ إلى كونه أمراً مستنكراً في نظر العقلاء عندما كانت الوحدة سائدة.

فلو ثبت نصّ أو إجماع على تلك الضابطة فيؤخذ بها و إلاّ فالمحكَّم في المقامين واحد وهو العرف، سواء كانت الأُصول متغايرة أو متجانسة.

د ـ خيار الرؤية فوريّ:

هل خيار الرؤية فوري أو لا؟ ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين في كونه على الفور إلاّ أحمد حيث جعله ممتدّاً بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية.

والحق هو الفورية أخذاً بما دلّ على إستمرارية لزوم الوفاء بالعقد، خرج منه الزمان الأوّل، والشك في الزمان الثاني، فيؤخذ بالدليل الاجتهادي دون استصحاب حكم المخصّص، وقد تقدّم أنّ التمسّك بالعام في أمثال المقام غير مبني على كون الفرد في كل زمان فرداً غيره في الزمان الآخر، بل تكفي استفادة الاستمرار من وجوب الوفاء ـ كما تقدم ـ.

وأمّا التمسّك على التراخي باطلاق الصحيحة الماضية فهو كما ترى لأنّه ليست إلاّ بصدد أصل التشريع. وأضعف منه ما ذكره السيد الطباطبائي من دلالتها على التراخي لأجل مضي مدة طويلة من حين المعاملة إلى وقت السؤال.

يلاحظ عليه: انّما يصح إذا كان السائل هو المشتري، مع أنّ الظاهر غيره حيث قال: سألت أبا عبد الله عن رجل الخ.

ثمّ إنّه إذا كان جاهلاً بالحكم أو بفوريته أو نسيهما، فهل تعد عذراً أو لا، الظاهر لا، لعدم الدليل على كونه عذراً، اللّهمّ إلاّ أن يقال: بأنّ لزوم الوفاء عليه ضرري فيثبت إلاّ أن يتسامح.

في مسقطات خيار الرؤية

يسقط هذا الخيار بأُمور:

١ـ التسامح في الإعمال على القول بالفورية.

٢ـ الإسقاط القولي بعد الرؤية ولا كلام فيهما.

٣ـ التصرّف بعد الرؤية، لما عرفت أنّه يعدّ عرفاً، إلتزاماً بالبيع، وإسقاطاً فعلياً له، وقد عرفت أنّ المستفاد من صحيحة علي بن رئاب في خيار الحيوان [1] هو الحكم الكلّي من غير اختصاص بخيار الحيوان.

٤ـ التصرّف قبل الرؤية والظاهر عدم الإسقاط لأنّ التصرّف إنّما يعد إسقاطاً فعلياً إذا كان كاشفاً نوعاً عن الرضا كما هو الحال في التصرّف بعدها، وهذا إنّما يتصوّر إذا كان المتصرّف عالماً بالحال والمفروض خلافه، وبعبارة أُخرى: إذا عدّ في العرف إلتزاماً ومن المعلوم عدمه. وأمّا ما ذكره الشيخ من أنّ إسقاطه مبنيّ على جواز الإسقاط قولاً قبل الرؤية بناء على أنّ التصرّف إسقاط فعلي، غير تام، للفرق الواضح بين البناء والمبنىٰ، فإنّ التصرّف القولي ذو لسان يؤخذ بمضمونه وهذا بخلاف تصرّف الجاهل بالتخلّف، إذ لا لسان له بل من المظنون أو المقطوع أنّه يتصرّف فيه على اعتقاد كونه واجداً للوصف. فما لم يدل دليل شرعي خاص على السقوط فالأقوى عدمه.

٥ـ اسقاطه باللفظ قبل الرؤية، وليس هناك مانع من صحّة الاسقاط إلّا

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٤ من أبواب خيار الحيوان، الحديث ١ .

كونه من قبيل إسقاط ما لم يجب، وقد مضى كراراً أنّه يكفي في صحّته مضافاً إلى كونه أمراً عقلائياً، وجود المقتضى. من غير فرق بين جعل الرؤية كاشفاً عن وجود الخيار في زمان العقد، أو سبباً محدثاً، و إن كان الاسقاط على الكشف أوضح. مضافاً إلى أنّ الظاهر من رواية «جميل» أنّ الرؤية أخذت طريقاً إلى كشف حال المبيع عند العقد، وانّ المعقود عليه كان فاقداً لما تواطئا عليه حين العقد، ولازم ذلك ثبوت الخيار حين العقد.

٦ـ إسقاطه في متن العقد: اختلفت كلمتهم في صحّة اسقاطه في العقد إلى أقوال، فمن قائل إلى فساد الشرط وافساده وهو خيرة العلاّمة والشيخ الأعظم، إلى قائل آخر بصحّة الشرط والمشروط، إلى ثالث مفصّل بين فساد الشرط وصحّة العقد، وانّ الأوّل فاسد دون الثاني.

والحق هو القول الأوّل وبتوضيح دليله يظهر عدم تمامية سائر الأقوال فنقول: إنّ ابتياع الشيء الغائب جاهلاً بأوصافه المطلوبة غرر لا بد من رفعه، والذي يمكن أن يكون رافعاً أحد الأُمور التالية:

١ـ جعل الخيار: وهو ضعيف جدّاً إذ هو حكم شرعي مترتّب على صحّة العقد، فلا بدّ من تحقّق الصحّة قبله حتى يترتّب عليه الخيار، فكيف يمكن أن تكون صحّة العقد معلّقة على جعله، أضف إلى ذلك أنّه لو كان جعل الخيار رافعاً للغرر، لزم تصحيح بيع كل مجهول مشروطاً بالخيار.

٢ـ التوصيف: لأنّ البيع الغرري عبارة عن بيع شيء على أيّ نحو، دون البيع موصوفاً بصفات معيّنة.

يلاحظ عليه: أنّه كيف يمكن أن يكون التوصيف رافعاً للغرر من دون تضمين، فإنّ التوصيف إخبار عن وجود وصف، وأمّا أنّه هل هو صادق في إخباره

أو كاذب فلا يعلم من التوصيف، ومن المحتمل أن يكون المبيع فاقداً له، ومعه كيف يكون البيع غير غرري فالاقدام على ابتياع شيء هذا حاله وشأنه، خطر كلّه.

٣ـ العلم بصدق البائع والوثوق بقوله: هذا و إن كان رافعاً للغرر لكن لازم ذلك اشتراط صحّة البيع بحصول العلم والاطمئنان مع أنّه غير ظاهر منهم، بل العقلاء يعاملون في إطار أوسع من ذلك فتعيّن أن يكون الرافع هو الأمر الرابع، وهو:

٤ـ التزام البائع وتعهّده الشرعي والقانوني بتسليم المبيع بالصفات التي تواطئا عليها، على نحو يكون تعهّده القانوني مبرِّراً لإقدام المشتري على اشتراء المبيع غير المرئي بحيث لو نقض إلتزامه ولم يف بعهده، يكون مأخوذاً بالقانون ومحكوماً لدى الحاكم.

وبذلك يظهر أنّ التعهّد بما هو هو لا يمكن أن يكون رافعاً للغرر إلاّ إذا كان له أثر شرعي، وردُّ فعلٍ قانونيّ وهو في بدء الأمر أحد الأمرين:

١ـ جواز إلزامه بأداء العين موصوفة بالوصف.

٢ـ جواز فسخ العقد.

والأوّل غير ممكن، لكون المبيع أمراً شخصيّاً لا كلّياً قابلاً للتعويض، والمفروض أنّه فاقد للوصف من بدء الأمر والثاني ساقط حسب الفرض، فيصبح التعهّد والالتزام بلا أثر، ومعه كيف يمكن أن يكون رافعاً للغرر، لأنّ المفروض أنّ وجوده وعدمه سواء.

وبذلك ظهر عدم تمامية القول الثاني، وأمّا الثالث فقد زعم أنّ

فساد الشرط لأجـل كونـه من قبيل اسقـاط ما لم يجب، وقـد تعرّفت أنّـه يكفي في الاسقاط وجود المقتضي وهو العقد على عين غائبة موصوفة يحتمل أن تكون فاقدةً للوصف.

فإن قلت:لو كـان اسقاط الخيار مخالفاً لـلالتزام والتعهّد فليكـن كذلك إذا باع العين الغائبة أو الحاضرة وتبرّأ من العيوب إذ عنـدئذٍ يصبح الالتزام بالصحّة، فاقداً لأثـر شرعي مع التبرّي، مع أنّهم صرّحوا في باب خيـار العيب بصحّة تبرّي البائع وسقوط الخيار لأجله.

قلت: إنّ خيار العيب ليس أثـراً لالتزام البائع بالصحّة. بل هو أثـر أصالة السلامـة الحاكمة في عالم الخلقة والصنعـة فإنّ الأصل هو الصحّة في عـالم الخلقة والصنعـة، والعيب على خـلاف الأصـل ، فإذا بـان الخلاف يثبـت الخيـار لأجل سيادة هذا الأصل، سـواء أكان هناك التزام من البـائع بتسليم الصحّة أم لا ، فلو تبرّأ البائع يكون معناه أنّه غير متعهد بتسليم الصحيح لا أنّ هذا الأصل غير جار في المبيع. وهـذا بخلاف المقام، فـانّ الخيار أثـر للالتزام واسقـاطه يضـاد الالتزام الذي يدلّ عليه انشاء البائع ويجعله بلا أثر.

وبـالاحـاطة بما ذكـرنـا تستطيع على ذبِّ الاشكـالات التـي أثارهـا السيـد الطباطبائي والمحقّق الخراسـاني ـ قدّس سرّهما ـ حول نظريـة الشيخ الأعظم التي اخترناها.

في سقوط الخيار بالبذل والابدال:

هل يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت، وابدال العين، وبشرطهما في متن العقد أو لا؟ فهنا فروع:

١ـ هل يسقط ببذل التفاوت أو لا؟ الظاهر لا ، لاطلاق صحيحة جميل، مضافاً إلى عدم اندفاع الضرر به، إذ ربّما يتعلّق الغرض بالشيء الموصوف لا بماليّته. حتى يكون الجبر بالتفاوت رافعاً للضرر، والمقصود سقوطه بمجرّد البذل، وأمّا سقوطه مع التراضي فلا اشكال فيه.

٢ـ لو شرط في العقد بذل التفاوت لو بان الخلاف، فهل هو فاسد ومفسد كما عليه صاحب الجواهر [1] أو لا؟ وجه الأوّل أنّه بمنزلة اشتراط اسقاط الخيار لو بان الخلاف لاشتراكهما في كونهما منافيين للتعهّد بالوصف فيعود الغرر فيفسد.

يلاحظ عليه: بوجود الفارق بين المقيس والمقيس عليه، حيث إنّ اشتراط السقوط يستلزم أن يكون الالتزام والتعهّد فاقداً للأثر، لأنّ أثره إمّا جواز إلزامه بأداء العين موصوفة أو جواز الفسخ، والأوّل غير ممكن والثاني ساقط، بخلاف المقام فإنّ أثره هو جبران ماليّة الوصف الفاقد ، وعلى هذا فاشتراط بذل التفاوت تأكيد لحفظ الماليّة وعدم توجّه الغرر، فلو كان للمشتري غرضان طوليان، فلا يتوجه الضرر، وبذلك تظهر قوة الوجه الثاني.

وأمّا كون الشرط مجهولاً أو كون العقد معلّقاً، فلا يضر الجهل لاغتفار الجهالة في الشرط وإلاّ تبطل أكثر الشروط للجهل بقيام المشروط عليه به أولاً، وأمّا

١ـ الجواهر: ٩٦/٢٣.

التعليق فلا دليل على البطلان به إلاّ في مـورد فيه نص، وادّعاء الاجماع على بطلان التعليق، اجماع مستنـد إلى القـاعـدة، حيـث قاسـوا الانشـاء الاعتبـاري بـالايجاد التكويني فبما أنّ التعليق في الثاني محال فيكون الأوّل مثله ـــ وهو كما ترى ـ مضافاً إلى أنّ التعليق راجع إلى المنشأ دون الانشاء كما بيّـن في محلّه.

٣ـ لا يسقط الخيار بالابدال لأنّ العقد إنّما وقع على الشخصي فتملّك غيره يحتاج إلى عقـد واتفاق جـديد ـ هـذا ـ ولكـن يمكن أن يقال : إنّ العقـد في أكثر المعـاملات الـواقعة على عين شخصيـة في المثليـات هو واقع على الكلّي، حقيقـة والاشـارة إلى العين الخارجية من بـاب أنّها احدى المصـاديق للكلّـي، و ـ لـذا ـ لا يعدّ الابدال وفـاءً بغيره، نعم ما ذكر صحيح في القيميـات التي يتعلّق العقد بها بشخصها ولا يتأتّى فيها القول بوقوع العقد على الكلّي، إلاّ في موارد نادرة.

٤ـ إذا شرط الابدال في متن العقد، فعن الشهيد في الدروس يفسد للجهالة والغرر، وهو خيرة الجواهر [1].

أقول: إنّ الاشكالات المتوهّمة في المقام أُمور:

١ـ الجهالة في الشرط و أنّ المبيع هل واجد له أو لا.

٢ـ التعليق في العقد، وهو الابدال إذا بان الخلاف.

أمّا الأوّل فقد عرفت أنّه غير مضر، قال السيد الطباطبائي: ولا يضر جهالة حصول المعلّق عليه وهو التخلّف لاغتفـار هذه الجهالات في الشروط. وقد عرفت أنّه لو كـان مضرّاً لبطلت أغلب الشروط، وأمّا الثاني، فقد عـرفت من أنّه لا دليل على بطـلان العقد بـه، إلاّ فيما ورد فيـه نص، وانّ الاجماع المدّعى في المقـام، اجماع

١ـ الجواهر : ٢٣/ ٩٦.

مستند إلى القاعدة كما عرفت.

ثمّ إنّ الشيخ ركّز على لفظ الابدال ـ وغضّ النظر عمّا هو المتعارف بين الناس في أمثال المقام كما سيوافيك، وحاصل ما ذكره:

أنّ البدل المستحقّ عليه بمقتضى الشرط يتصوّر على وجهين:

الأوّل: أن يقع البدل بازاء الثمن، بمعنى وقوع معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة بأن ينفسخ البيع بنفسه عند المخالفة وينعقد بيع آخر فيحصل بالشرط إنفساخ عقد، وانعقاد عقد آخر، كلّ منهما معلّق على المخالفة، ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لاثبات ذلك.

وجهه: أنّ الإِنفساخ والعقد على البدل مما يحتاجان إلى سبب خاص كالنكاح والطلاق فلا يصحّ فيه شرط النتيجة وإنّما يصحّ فيما يكفي في ايجاده كل لفظ حتى الشرط.

هذا توضيح كلامه في الشق الأوّل.

يلاحظ عليه: أنّ تصوير وقوع البدل بازاء الثمن لا ينحصر في هذا الوجه، بمعنى اشتراط تحقّق الانفساخ والبيع الثاني بالشرط، بل هناك تصوير آخر، وحاصله أن يتوارد العقد من أوّل الأمر على المبدل والبدل على تقديرين فيقول: بعتك هذا الفرد، إن كان واجداً للأوصاف، وبدله (سواء كان كلّياً أو شخصياً) الواجد للأوصاف إذا كان الأوّل فاقداً لها فلا يرد عليه ما أورد على التصوير الأوّل من استلزامه «تحقّق الانفساخ والعقد على الثاني بالشرط وهما ممّا يحتاجان إلى لفظ خاص».

ولا وجه لبطلانه إلاّ أمران: **أحدهما**: كونه تعليقياً وقد عرفت عدم الدليل على البطلان، **وثانيهما**: كونه غررياً للجهل وهو أيضاً منظور فيه لأنّ الجهل إمّا في

ناحية الشرط وهو التخلّف فقد عـرفت اغتفار الجهل في ناحية الشروط، أو الجهل في ناحية المبيع لعـدم تعيّنه، وهو أيضاً غير تام، لعدم صـدق الغرر بعد الاحتفاظ بمالية المثمن، وتحقّق الغرض بكل واحد من البدل والمبدل، ولزوم تعيين المبيع بهذا المعنى لا دليل عليه سـوى أوسعية الغرر الشرعي عن العرفي وهـو غير ثابت، نعم لو دلّ عليه دليل لاقتصرنا عليه.

هذا كلّه حول الشق الأوّل وإليك الكلام حول الشق الثاني.

الثاني: «أن يقع البدل بازاء المبيع الذي ظهـر على خلاف الوصف، فمرجعه أيضاً إلى انعقـاد معاوضة تعليقيـة غررية بينهما لأنّ المفـروض جهالة المبـدل» وقد عرفت حال التعليق والغرر في الشق السابق فلا نعيد.

والحق أن يقال: إنّ مـرجع شرط الإبدال، ليس إلى شيء منهـا، بل هو شرط فعل بـأن يشترط على البائع إبـدالـه بفرد آخـر، وهو أمـر عقـلائي رائج، فلو بـان التخلّف فإن وفى بـالشرط وإلاّ يكون لـه إجباره على الـوفاء ومـع القدرة يكـون له خيار تخلّف الشرط.

اختلاف المتعاقدين في الصفة:

لـو اختلف البـائع والمشتري في شرطيـة الوصـف المفقـود وعدمهـا فقـال المشتري: اشتريت هذا العبد على أنّه كاتب، وقال البائع: بعت هذا العبد مطلقاً، فهل يقدّم قول البائع أو قول المشتري؟

الظاهر هو الأوّل ـ لما عرفت ـ من أنّ الميزان في تشخيص المنكر عن المدّعي هو العرف وهو يعتمد على الأصل المعروف: المدّعي مـن لو ترك، تركت الدعوى، والمنكر بخلافه، ومن المعلوم أنّ المشتري لو ترك، تنتهي الدعوى، بخلاف البائع،

من غير فرق بين القول بأنّ الاعتبار في تشخيصها، بمحطّ الدعوى وليس للقاضي ارجاعها إلى أمر آخر، إذا كان لدعواهما أثر، أو الاعتبار بما ينتهي إليه دعواهما إذ النتيجة على القولين في المقام واحدة لأنّ مصبّ الدعوى هو ادّعاء اشتراط المبيع بالوصف، وما تنتهي إليه الدعوى هو الخيار، والمشتري يدّعيه والبائع ينكره.

ومثله ما إذا قلنا بأنّ الميزان مخالفة الأصل وموافقته، فالمشتري يدّعي الاشتراط والبائع ينكره والأصل عدم الاشتراط، وبعبارة أُخرى: المشتري يدّعي كلفة زائدة، وراء ذات المبيع، والبائع ينكرها والأصل عدمها.

نعم فصّل سيّدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ: بين ما إذا قال المشتري: إنّ البائع قال: بعتك هذا العبد الكاتب وأنا قلت: قبلت بيع هذا العبد الكاتب، فيقدّم قول البائع، لتوافقهما في بيع العبد في زمان ويختلفان في توصيفه فبيع العبد ايجاباً وقبولاً ثابت في زمان متقدم، كما أنّ عدم توصيفه متيقّن في زمان ويشك في توصيفه، فيصح أن يقال: إنّ توصيف المبيع في هذا البيع الخارجي مسبوق بالعدم، والأصل عدم توصيفه.

وبين ما إذا قال المشتري: إنّ البائع قال: بعتك الكاتب، مريداً به الموجود الخارجي الموصوف، وقال البائع: بل قلت: «بعتك هذا العبد»، فلا يجري الأصل لعدم توافقهما على بيع العبد في زمان، حتى يختلفا في توصيفه، والكاتب وإن انحلّ إلى ذات ووصف لكن لا يكون هذا الانحلال موجباً لتعلّق البيع بالذات في زمان متقدّم قبل تعلّقه با لموصوف حتى يجري الأصل [1].

يلاحظ عليه: أنّ الميزان ــ في اتفاقهما على شيء واختلافهما في شيء آخر ـ هو المفاهيم والمعاني المتبادرة من الكلام، لا التعابير اللفظية والتراكيب الصورية

١ـ البيع: قسم الخيارات: ٤/ ٤٤٧ـ٤٤٨.

لأنّها طرق إلى المفاهيم. فلو كان قوله: «بعتك هذا العبد الكاتب» اعترافاً من الطرفين على ورود البيع على العبد مجرّداً عن الكتابة في زمان، كان قوله: «بعتك الكاتب» الذي ينسبه المشتري إلى البائع مثله، حيث إنّ مفهوم الأوّل نفس مفهوم الثاني، فكما أنّ اللفظين الأوّلين مرآتين إلى مفهومين مترتّبين، كذلك الكاتب مرآة إلى مفهومين والفرق بينهما بالتفصيل والاجمال، فتكون النتيجة على اتفاقهما على بيع العبد، في زمان ويشك في توصيفه بالكتابة، فيستصحب عدمه.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم وجّه كون المشتري هو المنكر بوجهين:

١ــ ما نقل عن التذكرة: انّ البائع يدّعي لزوم العقد وبالتالي يدّعي استحقاق الثمن والأصل براءة ذمة المشتري من الثمن فلا يلزمه ما لم يَقرّ به أو يثبت بالبيّنة.

يلاحظ عليه: أنّ المشتري يعترف بصحّة البيع غاية الأمر يدّعي الخيار، والاعتراف بصحته عبارة أُخرى عن الاعتراف باشتغال ذمّته بالثمن، فهو أمر متسالم عليه بين المتعاقدين، نعم يدّعي أنَّ له الفسخ لرفع موضوع وجوب دفع الثمن وهو بعد غير ثابت.

٢ـ ما ذكره الشيخ الأعظم في المقام [1]، وفي المتاجر عند البحث عن بيع العين بالرؤية السابقة [2] وإليك حاصل ما ذكره في المقامين:

أنّ الحجّة القوية لتوصيف البائع منكراً والمشتري مدّعياً إنّما هو مطابقة قول البائع لأصالة عدم الاشتراط ولكنّه إنّما يجري إذا كان الشك في التزام مستقل في

١ـ الخيارات: ٢٥٢ ط تبريز.

٢ـ المتاجر، قسم البيع: ١٩٩ ط تبريز.

ضمن الالتزام بالبيع، فيكون هنا التزامان مرتبطان كما إذا قال: بعتك الدار وأشترط عليك خياطة ثوب لي، وأمّا المقام فليس الشرط التزاماً زائداً على أصل البيع بل قيد للمبيع وجزء منه، وهناك التزام واحد وارد إمّا على الموصوف، أو الموجود، فيخرج عن كون المبيع مردّداً بين الأقلّ والأكثر بل أشبه بالمردّد بين المتباينين، وبعبارة أُخرى: انّ هنا انشاءً واحداً ورد إمّا على هذا ـ أو ذاك، ومعه لا تجري أصالة عدم الاشتراط لما عرفت أنّ ليس هنا التزام زائد، وحكمه هنا حكم الأجزاء.

إذا كان الأصل المزبور غير جار، فهنا أصلان:

ألف: أصالة عدم ورود العقد على الموصوف بالوصف المفقود وهو غير نافع للبائع، لأنّ اللزوم ليس من آثار هذا العدم، بل هو من آثار ورود العقد على الموجود الفاقد، واثبات هذا بنفي ذاك أشبه باثبات أحد الضدين بنفي الآخر.

ب: الأصل عدم ورود العقد على الموجود الفاقد، وبما أنّ وروده على الموجود الفاقد موضوع للزوم، فيكون منفيّاً بنفي موضوعه، ويكون الأصل المنقّح للموضوع حاكماً على أصالة اللزوم.

وهذا ما يرومه الشيخ في المقامين وإليك عبارته هناك : انّه ليس انشاءً مستقلاً حتى يدفع عند الشك بالأصل. بل المراد إيقاع العقد على العين الملحوظ كونها متّصفةً بهذا الوصف، وليس هنا عقد على العين، والتزام بكونها متّصفةً بذلك الوصف فهو قيد ملحوظ في المعقود عليه، نظير الأجزاء ، لا شرط ملتزم في العقد فحينئذ يرجع النزاع إلى وقوع العقد «على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء وعدمه، والأصل عدمه، ودعوى معارضته بأصالة عدم وقوع العقد » على

العين المقيّدة بالوصف المفقود، ليثبت الجواز [1] مدفوعة بأنّ عدم وقوع العقد على العين المقيدة لا يثبت جواز العقد الواقع إلاّ بعد إثبات وقوع العقد على العين غير المقيّدة بأصالة عدم وقوع العقد على المقيّدة وهو غير جائز كما حقق في الأُصول.

يلاحظ عليه: أوّلاً: أنّ المرجع في تمييز القيد عن الوصف هو العرف فلو كان الوصف مقوّماً للمبيع يتلقّاه قيداً ، كالقطن بالنسبة إلى الحديد، وإلاّ فيتلقّاه شرطاً كالعربية في الفرس سواء كان التعبير في الموردين بلفظ الوصف أو بلفظ الشرط، وبما أنّ الأوصاف المتخلّفة في المقام من قبيل الثاني، يتلقّاه العرف شرطاً لا قيداً اللّهمّ إلاّ إذا أحرزت عناية المتعاقدين على جعل ما يتلقّاه العرف شرطاً ، قيداً للمبيع، وهو خارج عن محل البحث.

والذي يعرب عن ذلك أنّ الشيخ أجاب بمثل ذلك عن اشكال المحقّق الأردبيلي حيث أشكل على صحّة البيع بأنّ المعقود عليه مغاير للموجود، وهو غير معقود عليه، فقال: ويضعّف بأنّ محل الكلام في تخلّف الأوصاف التي لا توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفاً ...

وثانياً: افترضنا أنّه من باب التقييد، ولكن إذا شككنا في أخذه في المبيع فالأصل عدمه، كما إذا شككنا أنّ الواجب هو الرقبة أو هي بقيد الايمان، فالأصل عدمه من غير فرق بين التكاليف الشرعية والأُمور الوضعية فإذا علمنا ورود العقد على هذا الشيء الخارجي، وشككنا في وروده عليه مطلقاً أو مقيّداً، فالأصل عدم وروده على المقيّد، وبالجملة: الشك في كلفة زائدة على البائع والأصل عدمها.

١ـ المتاجر: ١٩٩ طبعة تبريز ، المراد من الجواز في العبارة، هو المضي المرادف مع اللزوم، وإلاّ فاللازم، التعبير عنه باللزوم كما يخفى، وقد نقل المامقاني في تعليقته غاية الآمال/ ٤٧١ على المقام أنّ العبارة من قوله: «على ما ينطبق على الشيء الموجود» إلى قوله : «وقوع العقد » مضروبة عليها في نسخة الشيخ .

وثالثاً: قد عرفت أنّ مقتضى الأدلّة الاجتهادية عند القوم هو كون الأصل في البيع اللزوم، كما أنّه مقتضى طبع العقد، وإن لم يكن هناك دليل عليه، فعلى ذلك فمدّعي اللزوم لا يحتاج إلى دليل لوجود الدليل الاجتهادي معه، وإنّما المحتاج إليه هو مدّعي الخيار، ولكن الشيخ جعل الأمر على العكس بحجّة أنّ الأصل عدم ورود العقد على الموجود بهذا الوصف (الفاقد)، فعلى ذلك يجب عليه أن يقدّم قول مدّعي الاشتراط في كل مورد بتلك الحجة، وأنّه لابد في إحراز كون الموجود تمام ما وقع عليه العقد وهو كما ترى.

بقيت في كلامه اشكالات أُخرى تعرّض لها المشايخ في تعاليقهم، فلاحظ.

خيار الرؤية لا يختص بالبيع:

هل يختص خيار الرؤية بالبيع أو يعم كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح والاجارة، فلو قلنا بأنّه على خلاف القاعدة ثبت تعبّداً بصحيحة جميل، يختصّ بالبيع، وأمّا لو قلنا بكونه على وفاقها، وأنّه لأجل التعهّد الضمني فهو يعم البيع وغيره إذا كان العقد مبنياً عليه. ومثله لو قلنا بأنّ مدركه حديث نفي الضرر كما لا يخفى.

مسألة: لو نسجَ بعض الثوب فهل له بيعه على أن ينسج الباقي كالأوّل؟

أقول للمسألة صور:

١ـ أن يتوارد العقد على ثوب شخصي، مع تحقّق بعضه دون البعض الآخر، ولا شك أنّه باطل لأنّ مقتضى كون المبيع شخصياً، كونه موجوداً في الخارج بتمامه والمفروض خلافه.

٢ـ أن يتوارد العقد على المقدار المنسوج بشرط أن ينسج الباقي بهذا المنوال

من الغـزل المعيّـن أو الكلّـــي ولا اشكـال في صحّته، غـاية الأمـر لـو تخلّف ولم ينسجه أصلاً، أو نسجه لا على هذا المنوال يكون له خيار تخلّف الشرط.

٣ــ أن يكون المبيع المقـدار المنســوج مع أذرع معلـومة منسـوجة على هـذا المنوال، بحيث يكون من قبيل ضم الكلّـي إلى الشخص، فلو تخلّف فله الخيار في المنسوج لتبعّض الصفقة.

وقد نقل البطـلان عن الشيخ في المبسوط، وابن سعيـد في الجامع، والقاضي في المهذّب، وإليك عبـارة الأخير: فانّ ماشـاهده من المنسوج، البيـع فيه لازم من غير خيار الرؤيـة، وما لم يشاهده ممّا يتمّـم يقف الأمر فيه على خيار الـرؤية، وهذا فاسد لأنّه شيء واحد يجتمع فيه خيار الرؤية وانتفاؤه[1].

يلاحظ عليه: أنّ هنا مبيعاً واحداً لا يمكن الحكم عليه باللزوم أو الخيار من جهة خيار الرؤية إلاّ بعد تمام العمل فلو كـان هناك تخلّف، يكون فيه خيار الرؤية ولو باعتبار وجود التخلّف في بعض أجزائه. كما هو الحال في الضيعة في صحيحة جميل. فيكون التخلّف في جزء المبيع واسطـة في الثبوت على عروض الخيار للمبيع كلّه.

١ـ المهذّب: ١/ ٣٥٢.

الفصل الثامن

خيار العيب

- ❑ دليله.
- ❑ التخيير بين الردّ وأخذ الأرش.
- ❑ في مسقطات خيار العيب الخمسة:

أ ـ انشاء السقوط قولاً وفعلاً.
ب ـ اشتراط الاسقاط في متن العقد.
ج ـ التصرّف في المعيب.
د ـ تلف العين.
هـ ـ حدوث العيب عند المشتري.

- ❑ في سقوط الأرش دون الردّ.
- ❑ المواضع التي يسقط فيها الردّ والأرش.
- ❑ في الأحكام الأربعة لاختلاف المتبايعين:

أ ـ الاختلاف في الخيار.
ب ـ الاختلاف في موجب الخيار.
ج ـ الاختلاف في المسقط.
د ـ الاختلاف في الفسخ.

- ❑ الكلام في تفسير العيب.
- ❑ هل يعتبر في صدق العيب النقص المالي؟

خيار العيب

وهو آخر الخيارات التي طرحها الشيخ في المقام وهو أمر اتفق عليه العقلاء ولم ينقل عن أحد من الفقهـاء خلافه. فجواز الفسخ موضع وفـاق وإن كان أخذ الارش موضعاً للخلاف بيننا وبين الشافعـي، قال الشيخ: إذا حدث بالمبيع عيب في يد البائع، كـان للمشتري الردّ والامساك، وليس لـه اجازة البيع مع الارش، ولا يجبر البائع على بذل الارش بلا خلاف فإن تراضيا على الارش كان جائزاً وبه قال ابن سريج ! وظاهر مذهب الشافعي أنّه لا يجوز (أخذ الارش) [1].

وقال ابن قدامـة: إنّه متى علم بالمبيع عيباً، لم يكن عـالماً به، فله الخيار بين الامسـاك والفسخ، سواء كـان البائع علـم العيب وكتمه أو لم يعلـم. لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً واثبات النبيّ ﷺ الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب ولأنّ مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب [2].

وقال المحقّق: فإن ظهر به عيب سابق على العقـد فالمشتري خاصة بالخيار بين فسخ العقد وأخذ الارش. وسيوافيك الكلام في حكم الارش، وعلى كل تقدير:

١ـ الخلاف ٣/ ١٠٩، كتاب البيوع المسألة ١٧٨.

٢ـ المغني: ٤/ ١٧٩.

اتفق الفقهاء على: «أنّ كل من اشترى مطلقاً اقتضى سلامة المبيع من العيب» إنّما الكلام في منشأ هذا الاقتضاء. وفيه أقوال:

١ـ إنصراف المطلق إلى الفرد الصحيح. وأورد عليه الشيخ، **أوّلاً**: بمنع الانصراف ولذا لا يجري في الأيمان والنذور [1]. **وثانياً**: عدم جريانه فيما نحن فيه لعدم كون المبيع مطلقاً بل هو جزئي حقيقي خارجي. **وثالثاً**: بأنّ مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً على المعيب فلا معنى لامضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت الخيار.

وفي بعض ما ذكره نظر، فانّ الانصراف إلى الصحيح، والعقد عليه لا يمنع من امضاء العقد، إذا ظهر معيباً، لأنّه ليس بأقوى من بيع الموصوف إذا تخلّف وصفه، وقد عرفت صحّته، وأنّه من باب تعدّد المطلوب.

نعم يرد على الانصراف بأنّ منشأه هو كثرة الاستعمال، لا كثرة الوجود، والأوّل غير ثابت اللّهمّ إلاّ أن تكون في المعاوضات قرينة حالية على الانصراف.

٢ـ إنّ وصف الصحّة قد أخذ شرطاً في العين الخارجية نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطة فيها، وإنّما استغنى عن ذكر وصف الصحّة لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل كالعين المرئية سابقاً، حيث يعتمد في وجود أصلها أو صفاتها على الأصل.

يلاحظ عليه: وجود الفرق بين صفات الكمال وصفات الصحّة، فبما أنّ الأُولى ليست مقتضى الخلقة الذي يشير إليه قوله سبحانه: ﴿**والّذي خَلَقَ فَسَوّى**﴾ (الأعلى/ ٢) تقع مورداً لعناية المتعاقدين ولا يغفل عنها الانسان فيذكرها قبل العقد، فيكون السكوت حينَ العقد مع الاشتراط قبله، دليلاً على التعهّد

١ـ وفي الجواهر، أضاف الوصايا.

الضمني، وهذا بخلاف صفات الصحّة ولأجل كونها من لوازم الخلقة غالباً، تكون مغفولاً عنها حين العقد، و ـ معه ـ كيف يصحّ لنا القول بأنّ وصف الصحّة أخذ شرطاً في العين.

٣ــ إنّ أصالة الصحّة في الأشياء الطبيعية والصناعيّة أصل مسلّم بين العقلاء، التي أخبر عنها الوحي، واتفق عليها العقلاء من طريق التجربة فصارت أصلاً معتمداً بين العقلاء في معاملاتهم وعقودهم، ومرتكزة للأذهان في مبادلاتهم ومعاوضاتهم، وإن لم يكن كذلك في غير ذلك المجال كالوصايا والأيمان والنذور، فلو تخلّف، لا يلزم المتخلّف عليه بالوفاء بعهده (كدفع الثمن)، لأنّ الموجود، غير المعهود عليه إلاّ إذا سمح ورضى بالفاقد واكتفى من المطلوب بالدرجة الوسطى ، لا القصوى.

وأمّا دفع الغرر بمعنى الخطر، فالرافع له، إمّا هو الاطمئنان بالوصف كالاطمئنان بالموصوف، أو الإعتماد على الظروف السائدة والسلطة القضائية الحامية للحقوق.

وبذلك يظهر الفرق بين خيار شرط الصحّة، وخيار العيب فالأوّل مستند إلى ذكرها في متن العقد، بخلاف الثاني، فهو مستند إلى أصل عقلائي معتبر في المعاوضات.

كما يظهر أنّ ذكر شرط الصحّة في متن العقد يحدث خياراً مستقلاً لو بان الخلاف لما عرفت من تغاير الملاكين، نعم ربّما استدلّ على خلافه وأنّه لا يفيد سوى التأكيد، برواية يونس: «في رجل اشترى جارية على أنّها عذراء، فلم يجدها عذراء، قال: يرد عليه فضل القيمة» [1] وجه الدلالة أنّ المتبادر من الحديث، هو

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٦، من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

ايجاد الحدث في الجارية بنحو من الانحاء، ومن جانب أنّ خيار الشرط لا يسقط بالتصرّف بخلاف خيار العيب فإنّه يسقط به ـ كما سيوافيك ـ فلو كان الاشتراط موجباً لحدوث خيار آخر، غير خيار العيب، لما اقتصر الإمام بذكر الارش، وذَكَرَ خيار الردّ.

وربما يقال: إنّ الاستدلال مبني على أمرين:

١ـ دلالة قوله: «على أنّها عذراء» على الاشتراط.

٢ـ دلالة قوله: «فلم يجدها عذراء» على التصرّف.

وكلاهما غير ثابت ولعلّ المقصود من الأوّل، كونه بانياً على أنّها عذراء، لكونها موافقة للأصل، كما أنّ المراد من الثاني الاختبار بالنساء أو بغيرهن.

يلاحظ عليه، أوّلاً: أنّها خلاف الظاهر، وثانياً: أنّ ما ذكر غير دافع للاشكال عن الحديث، إذ لسائل أن يسأل لماذا اكتفى الإمام بأحد الشقّين من الخيار ولم يذكر حقّ الردّ، لأنّ المفروض عند المجيب عدم حدوث حدث يسقط خيار الردّ في المعيب.

والأولى أن يقال: إنّ الرواية ليست بحجّة لأنّ يونس لم يسندها إلى المعصوم ولعلّها كانت رأيه.

التخيير بين الرد وأخذ الارش:

إذا ظهر العيب السابق على العقد أو القبض، فالمشهور بين الأصحاب كون المشتري بالخيار بين فسخ العقد، وأخذ الارش، ووصفه في الجواهر بكونه إجماعياً محصلاً ومحكياً مستفيضاً، صريحاً وظاهراً. وتحقيق المطلب يحتاج إلى البحث عن أُمور:

الأوّل: ما هو الرائج بين العقلاء عند ظهور المبيع معيباً؟!

الرائج بينهم هـو كون المشتري مستحقّاً للـردّ وأخذ الثمن، وأمّا كـونه مخيّراً بينه وبين الامسـاك مع الارش، وأنّه يجب على البـائع قبول أيّ فرد اختـار، فليس بظاهر منهم، نعم لو امتنع ولم يمكن ردّه بـوجه من الوجوه، كان له عليه الارش، فليس أخذ الارش في عرض جـواز الردّ، نعم لو تراضيا على الارش، فـلا مانع فيه إنّما الكلام في أنّ للمشتري إجباره بالارش وإن لم يكن راضياً به أو لا.

الثاني: انّ المشهور بين الأصحاب، هو التخيير وأمّا كـونه أمراً إجماعياً فلا، أمّا الشيخ فقد خالف الحكم في الخلاف [1] والمبسوط فقال في الثاني: «فيما إذا باع المشتري، المعيب قبل علمـه بالعيب»: وأمّا لو بـاعه قبل العلم بالعيـب ثم علمه فإنّـه لايمكنـه الردّ لـزوال ملكه ولا يجب أيضـاً لـه الارش، لأنّه لم ييـأس من ردّه (المشتري الثـــاني) على البـــائع (المشتري الأوّل) فـإن ردّه على المشتري الأوّل واسترجع الثمن فإنّ المشتري الأوّل يردّه على البائع أيضاً [2].

والعبارة ظاهرة في أنّ الارش في موضع اليأس من امكان الردّ لا مطلقاً.

ويظهر الخلاف مـن ابن البراج فيما إذا اشترى دنانير بـدراهم معيّنـة: فإذا كان العيب من جنسـه مثل أن يكون فضّة خشنة أو ذهباً خشنـاً أو تكون السكّة فيه مضطـربة مخالفة لسكّـة السلطان فذلك عيـب وهو مخيّـر بين الـردّ واسترجاع الثمن، وبين الرضا به وليس له المطالبة ببدل لأنّ العقد تناول عينه ووقع عليها ولا يجوز له إبداله [3].

١ـ مرّ نصّ الخلاف في صدر المسألة.

٢ـ المبسوط: ٢/ ١٣١.

٣ـ المهذب ١/ ٣٦٦.

ترى أنّه ذكر حكم الابدال، ولم يذكر الارش، وبما أنّ العوضين غير متجانسين لا يصحّ أن يقال: إنّ عدم ذكره لأجل إستلزام أخذ الارش الربا، فإنّه إنّما يلزم لو كان العوضان متجانسين لا مختلفين كما هو المفروض في كلامه.

نعم يظهر الخيار بين الأمرين عن كثير من الأعلام نذكر المتقدّمين منهم:

١ـ قال المفيد: فإن كان المبيع جملة وظهر العيب في بعضه، كان للمبتاع أرش العيب في البعض الذي وجده فيه، وإن شاء ردّ جميع المتاع واسترجع الثمن وليس له ردّ المعيب دون سواه [١].

٢ـ قال الشيخ: من اشترى شيئاً على شرط الصحّة والسلامة ثمّ ظهر له فيه عيب، له أن يرد المتاع ويسترجع الثمن إن شاء أو يطالب بالأرش بين قيمة المتاع صحيحاً وبينه معيباً وليس للبائع عليه خيار [٢].

٣ـ وقال سلاّر: فإذا باع على الصحّة وظهر عيب، فالمشتري بالخيار إن شاء ردّه بالعيب وإن شاء أخذ ارشه، ولم يردّه ولا خيار للبائع [٣].

٤ـ وقال ابن حمزة: وإن ظهر (العيب) بالبعض، لم يكن له ردّ المعيب دون غيره فإن شاء ردّ الجميع واسترد الثمن وإن شاء أخذ الأرش وهو ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً [٤].

٥ـ وقال ابن إدريس: .... كان المشتري بين خيرتين: ردّ المتاع واسترجاع الثمن أو الإمساك والمطالبة بالارش [٥].

١ـ المقنعة: ٥٩٧.

٢ـ النهاية: ٣٩٢.

٣ـ المراسم: ١٧٥.

٤ـ الوسيلة: ٢٥٦.

٥ـ السرائر: ٢/ ٢٩٦.

وعلى ذلك جـرى الأصحاب في العصور المتـأخّرة وهـو غير خفي على من راجع الشرائع والروضة وغيرهما.

الثالث: ما هـو مقتضى الأدلّـة الشرعية، قـد استدل على القـول المشهور، بحديث الضرر والضرار، وهـو لا يثبت تمام المقصود، لأنّ الضرر كما يندفـع بدفع الأرش، يندفع بالفسخ وأخذ الثمن، وأمّـا كون الخيار بيد المشتري دون البائع فلا يثبته نفي الضرار.

وأمّا الفقه الرضوي فإليك نصّه: فإن خرج في السلعة عيب وعلم المشتري، فالخيار إليه:

١ــ إن شاء ردّهـا. ٢ـ وإن شـاء أخذهـا. ٣ــ أو ردّ عليه القيمـة مع أرش العيب[1] وظـاهـر العبـارة أنّـه مخيّـر بين الأمـور الثلاثة، وتحتمل زيادة «الهمزة» والصحيـح هـو «الـواو» فيكـون مخيّـراً بين الأوّل والثـالـث، ولكنّـه غير صـالح للاستدلال وإنّما يصلح للتأييـد. وقد أوضحنا حاله وقلنا: إنّه ليس تـأليفاً للإمام وإنّما هو عبـارة عن كتـاب «التكليف» للشلمغاني، أو رسـالة والـد الصدوق إلى ولده.

وأمّا الروايات الواردة فليست صريحة ولا ظاهرة فيما عليه المشهور، وهي على مضامين:

١ـ ما يـدلّ على التفصيل، بين بقاء المبيع على ما هو عليه وعـدمه، بالارش في الثاني، والـردّ في الأوّل، نحو مرسلة جميـل: عن أحدهما ـ عليهما السلام ـ : في الرجل يشتري الثـوب أو المتاع فيجـد فيـه عيباً ؟ فقـال: إن كـان الشيء قائماً بعينـه ردّه على صـاحبه وأخـذ الثمن، وإن كـان الثوب قـد قطع أو خيط أو صبـغ يـرجع

١ـ المستدرك: ج ١٣ الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

بنقصـان العيب [١].

٢ـ مـا يدلّ على أنّ التصرّف مانع عـن الردّ ويأخذ الارش، نحـو صحيحة ابن سنان عـن أبي عبد الله ـعليه السلام ـ في حديـث قال علي ـعليه السلام ـ: لا تـردّ التي ليست بحبلى إذا وطـأها صـاحبها، ويـوضع عنـه من ثمنهـا بقدر عيب إن كـان فيها [٢].

٣ـ ما يدل على الردّ عنـد ظهور العيب، نحو صحيح ميسر عن أبي عبد الله ـعليه السلام ـ قلت له: رجـل اشترى زقّ زيت فوجد فيـه درديّاً، قال: فقـال: إن كان يعلم أنّ ذلك يكون في الـزيت لم يردّه، وإن لم يكن يعلم أنّ ذلك يكـون في الزيت ردّه على صاحبه [٣].

وأمّا ما رواه السكوني [٤] عن علي ـعليه السلام ـ فهو يتضمّن جواز تبديل الرُبّ الموجود في السمن بـه، ولا صلة لـه بما نحـن فيه، أضـف إليه: أنّ المضمـون على خـلاف القاعـدة، لأنّ المعاملـة كانت شخصيـة فكيف يجب عليـه تبديل الـرُبّ بالسمن إلاّ بتأويل مرّ ذكره سابقاً.

نعم روى الحسن بن عطية عن عمر بن يزيد قال: كنت أنا وعمـر بالمدينة فباع عمـر جراباً هرويـاً كل ثوب بكذا وكـذا فأخذوه فاقتسمـوه فوجدوا ثوبـاً فيه عيب، فقال لهم عمـر: أعطيكم ثمنه الذي بعتكم بـه، قالوا: لا ولكنّا نأخـذ قيمة

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢ـ المصدر نفسه: البـاب ٤ من أبـواب أحكـام العيوب، الحديـث ١. لاحظ روايـات هذا البـاب والحديث ١ من الباب ٦ من هذه الأبواب.

٣ـ المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

٤ـ المصدر نفسه: الحديث ٣.

الثوب، فذكر ذلك عمر لأبي عبد الله فقال: «يلزمه ذلك»[١] والرواية أجنبية عن فتوى المشهور، بل تدلّ على أنّ البائع رضي أن يقبل خصوص الثوب المعيب ويدفع الثمن الذي باع به وهو وإن كان موجباً لتبعّض الصفقة على البائع لكنّه رضى بذلك، ولكن المشتري طلب القيمة السوقية له إن كان صحيحاً. فأجاب الإمام بأنّه يلزم المشتري، أو يلزم هؤلاء المشترين ذلك أي أخذ الثمن، لاالقيمة، لأنّ مقتضى الفسخ أخذ الثمن لا القيمة، وتظهر الفائدة فيما إذا كان الثمن أقل من القيمة.

وبذلك ظهر أنّه ليس في روايات الباب ما يؤيد فتوى المشهور، وقد إعتمد السيد الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ على الشهرة الفتوائية لكنّها إنّما تكون دليلاً لو كشفت عن إعراضهم عن هذه الروايات، وهو غير ثابت، فالقول المشهور لا يخلو عن غموض، وكون الأرش مختصّاً بما إذا لم يمكن الردّ هو الأحوط لو لم يكن الأقوى.

وأوّل من تنبّه لذلك المحقّق الأردبيلي في شرح الارشاد ثمّ صاحب الحدائق[٢] وهو في محله.

وربّما يبذل الجهد لإثبات كون فتوى المشهور موافقة للقاعدة.

أمّا الارش فلأنّ وصف الصحّة الفائتة بمنزلة الجزء الفائت فكما أنّ في الجزء الفائت يسترجع مقدار ما يقابله فكذا في الوصف.

وأمّا الردّ فلتبعّض الصفقة، لأنّه إذا كان الوصف بمنزلة الجزء فتسليمه

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام الخيار، الحديث ١. وفي نسخة الفقيه «يلزمهم ذلك». لاحظ في شرح الرواية روضة المتقين: ٧/ ٩٣، ومرآة العقول: ٣/ ٤٠٣.

٢ـ الحدائق: ١٩/ ٦٣.

بلا وصف، بمنزلة تسليم بعض المبيع. وعلى ضوء هذا، فله الردّ لذلك، وله الامضاء بمقدار ما يقابل الموصوف واسترداد ما يقابل الثمن.

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره لا يتجاوز عن كون كلٍّ، موافقاً للقاعدة، وأمّا أنّ الخيار بيد المشتري وله إجبار البائع بكل واحد منهما وإن لم يرض بالارش بل ورضى بالردّ فقط، فلا يثبت بما ذكر، فانّ له أن يعترض ويقول بأنّ بيع ذات الموصوف بما قابل من الثمن كان مشروطاً بصحّة البيع في الجزء الآخر، ولما بطل ـ ولو عن تقصير البائع ـ فلا يصحّ التقسيط بلا رضا البائع، بل أقصى ما يجوز هو الردّ وأخذ الثمن، وأمّا الشق الآخر فيتوقّف على رضا البائع.

وأورد عليه الشيخ، بوجهين:

١ـ منع تنزيل الوصف منزلة الجزء عرفاً وشرعاً، ولذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن، بل كان الثابت بفواته مجرّد إستحقاق المطالبة، بل لا يستحق المطالبة بعين ما قابله.

٢ـ منع كون الجزء يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده الشخصي على وجه الشرطية كما في بيع الأرض على أنّها جربان معينة فبانت أقل، وما نحن من هذا القبيل.

أقول: المهم هو الوجه الأوّل ـ وسيوافيك تحليله ـ وأمّا الوجه الثاني فغير تام، لما عرفت غير مرة من أنّ هذه الدقائق العقلية غير مطروحة للعرف فلا يفرّق بين الاتيان بالجزء بصورة الجزء، أو الاتيان به بصورة الشرط، إذ الملاك عندهم هو المقاصد والأغراض دون التعابير والألفاظ، فالجزء عندهم جزء وإن عُبِّر عنه بلفظ الشرط.

ويدلّ على ما ذكرنا رواية عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله: في رجل باع أرضاً على أنّهاعشرة أجربة فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا، فلمّا مسح الأرض إذا هي خمسة أجربة، قال: إن شاء إسترجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإن شاء ردّ البيع وأخذ ماله كلّه ... [1] ترى أنّ الإمام حكم بردّ ما قابل الناقص، مع وروده شرطاً لا جزءاً.

وأمّا الأوّل: فلا شك أنّ الجزء غير الوصف، وهما غير الشرط، ولكل موقف خاص في المبيع فلا ينقلب الجزء شرطاً وإن أتى بلسانه، ولا الشرط جزءاً وإن عبّر عنه بلسان الجزء لكن ذلك لا يمنع عن صحّة تقسيط الثمن على كل من الأجزاء والأوصاف والشروط، من غير فرق بين وصف الصحّة ووصف الكمال فلا حاجة في تصحيح التقسيط على تنزيل الوصف منزلة الجزء، بل تكفي فيه كونه مؤثراً في غلاء المبيع وخلافه، حتى مثل الغلاف وزمان التسليم ومكانه وهذا كاف في صحّة التقسيط.

وأمّا عدم بطلان البيع فيما قابله من الثمن بل كان الثابت بفواته مجرّد إستحقاق المطالبة، فهو ـ على فرض تسلميه ـ من خصائص ما يُقسَّط عليه الثمن، فلو استقلّ بالوجود كالأجزاء كان المناسب البطلان لأنّ كل جزء من الثمن يقع في مقابل جزء من المبيع بالحس والعيان، وإن كان غير مستقل بالوجود، فيكون هناك عند التخلّف حق التقسيط، لا فعليته حتى يبطل البيع فيما يقابله وإنّما يصير فعلياً إذا رضي بالموجود، فيستردّ ما قابل الفائت.

وبذلك يظهر الخلل فيما ذكره السيد الطباطبائي ـ قدّس سرّه ـ من أنّ لازم

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

التقسيط كون الأرش ثابتاً من أوّل الأمر فيكون الامضاء بلا أرش من باب الإبراء والهبة [١].

وجهه: هو التفريق بين الأجزاء وغيرها ففي الأوّل، التقسيط فعلي، وفي الآخر شأني، وليس هنا إلاّ الإستحقاق فامضاء البيع بلا أرش، إعراض عن إعمال الحق لا هبة ولا ابراء كما لا يخفى، وما هذا إلاّ خصوصية في نفس ما يُقسَّط عليه.

ثمّ إنّه على القول بالتخيير بين الردّ والارش، يشكل التعبير عنهما بكلمة الخيار لأنّه كما سبق عبارة عن حق إزالة العقد واقراره، والأرش خارج عنهما.

ويمكن أن يقال: إنّ الارش شرط لأحد الشقّين، أعني: الإقرار، فهو في سائر الموارد بالمجانّ و في المقام بشرط أخذ الارش، وما هو المفهوم من الخيار، هو حق الازالة والإقرار وأمّا كونه بالمجانّ وعدمه فإنّما يفهم من الخارج وبفضل الروايات.

وبذلك يظهر أنّ هنا حقّاً واحداً متعلّقاً بالعقد، فللمشتري السلطة على العقد، بالازالة والاقرار بالارش ومتعلّق الحق (السلطة) هو العقد، ومفهوم السلطة كوجودها تطلب لنفسها الطرفين، الهدم وعدمه.

وبذلك يظهر النظر فيما أفاده ـ سيدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ في المقام، حيث تصوّر أنّ في القول بوحدة الحق إشكالاً عقلياً، فذهب إلى أنّ هنا حقّين فعليين، لا يصحّ الجمع بينهما في مقام الاستيفاء [٢] فلاحظ كلامه.

١ـ التعليقة: ٦٧.

٢ـ الخيارات: ٥/ ١٢ـ ١٣.

الظهور كاشف لا شرط شرعي:

لا شك أنّ السبب للخيار، هو العيب، إنّما الكلام في أنّ ظهوره هل هو كاشف عقلي عن الخيار من زمان العقد، أو شرط شرعي لتأثير السبب [١]، ذهب الشيخ إلى الوجه الأوّل قائلاً بأنّ استحقاق المطالبة بالارش الذي هو أحد طرفي الخيار، لا معنى لثبوته بظهور العيب بل هو ثابت بنفس إنتفاء وصف الصحّة.

يلاحظ عليه: أنّه لا شكّ أنّه يستحقّ الارش بانتفاء وصف الصحّة لا بالظهور، لكنّه لا ينافي كون الظهور شرطاً، وبعبارة أُخرى: كون السبب ـ بمعنى المقتضي ـ نفس العيب، لا ينافي توقّف التأثير الفعلي على الظهور.

والأولى الاستدلال عليه بنحو ما مرّ في خيار الغبن من أنّ الظهور أو ما يعادله في الروايات أُخذا طريقاً لا موضوعاً وهو المتبادر منه في سائر الموارد، لأنّ الأخذ موضوعاً يحتاج إلى القرينة.

هذا إذا كان المصدر للخيار هو الروايات وأمّا إذا كان قاعدة الضرر أو التعهّد الضمني فالملاك هو الضرر الواقعي، أو التخلّف الواقعي، وهو موجود من أوّل الأمر، وعلى هذا يرتب عليه آثاره من أوّل الأمر من الانفساخ بالفسخ ـ معلّقاً على وجود العيب ـ والسقوط بالاسقاط قبل الظهور.

ولو شككنا، فمقتضى القاعدة نفي جميع آثار الخيار من الفسخ والسقوط وحتى اشتغال ذمة البائع بالارش قبل الظهور، كما لا يخفى.

١ـ عنوان البحث بما ذكرنا أولى من عنوان الشيخ حيث قال: ظهور العيب مثبت للخيار (أي سبب له) أو كاشف عنه. وذلك لأنّه لا يتوهّم أحد في أنّ الظهور سبب، بل الاتفاق على أنّ السبب هو العيب الحاصل، إنّما الكلام في شرطية الظهور أو كاشفيته، فلاحظ.

عموميّة الخيار للثمن:

إذا قلنا في معيب المبيع بما هو المعروف لدى العقلاء، من الردّ أوّلاً، والارش عند عدم إمكانه ثانياً، فحكم المثمن والثمن واحد مضافاً إلى قاعدة لا ضرر، وجود التعهد الضمني فيه كالمبيع، وأمّا إذا قلنا بمقالة المشهور من كون الارش، في عرض الردّ، لأجل الروايات، فتعميم الحكم إلى الثمن يحتاج إلى دليل مع إختصاص الروايات الواردة للمبيع وخلو الفتاوى عنه، اللّهمّ إلاّ أن يحمل المبيع على مطلق العوض. أو يقال: إنّ ذكره من باب المثال وكونه وارداً مورد الغالب لأنّ الغالب كون الثمن نقداً والمثمن متاعاً، فيكثر فيه العيب بخلاف النقد.

إلاّ أنّ الكلام في تمامية الروايات في مدّعى المشهور وقد عرفت ما فيها.

وهل يجري في سائر المعاوضات من الصلح والاجارة ونحوهما أو لا؟ يظهر الحال فيها ممّا ذكرنا في مورد الثمن بل التعميم فيها أشكل من الثمن، لامكان التعميم فيه بحمل المبيع الوارد في الروايات على أنّه من باب ذكر المثال، بخلاف البيع فاحتمال الخصوصية أقوى، فالقول بالارش، واجبار الطرف الآخر عليه في سائر العقود، يحتاج إلى دليل فالأقوى الاكتفاء بالردّ، أخذاً بسيرة العقلاء وقاعدة نفي الضرر والتعهّد الضمني، إلاّ إذا انحصر جبر الضرر بالارش.

في مسقطات خيار العيب

يسقط خيار العيب بأُمور:

الأوّل: انشاء السقوط قولاً وفعلاً:

من مسقطات خيار العيب هو انشاء السقـوط قولاً أو فعلاً أمّا الأوّل: فهو يختلف حسب سعة دلالة الألفاظ وضيقها فـربّما تكون ظاهرة في سقوط خصوص الردّ دون الارش كما إذا قـال: إلتزمت بـالعقد، فانّ الالتـزام بالعقد لا ينـافي إقرار العقد بـالارش، وربّما تكون صريحة فيـه كما إذا قال أسقطـت الردّ دون الارش إنّما الكلام إذا قال: أسقطت الخيـار، فهل هو ظاهر في سقوط كـلا الأمرين، كما عليه الشيخ الأعظـم، أو خصوص الـردّ، كما هـو الظاهـر من السيـد الأُستاذ ــ قدّس سرّه ـ ؟ والظـاهر هـو الأوّل لأنّه بمعـــنى إسقـاط السلطـــة على الازالة والاقـرار بالارش، ومعه لا يبقي شيء.

فإن قلت: قد فسّـر الخيـار بالسلطة على إقرار العقد و إزالتـه، ومعه ـ كيف يفهم منه سقوط الارش، مع عدم دخوله في مفهومه.

قلت: قـد سبق أنّـه شرط لأحد شقـي الخيار وهـو الاقـرار، وقد دلّ عليـه النقل، فلو كانت الملازمة بينهما (الاقرار وأخذ الارش) بمرتبة ينتقل من سماعه إلى الارش، فيكون المفهوم مـن إسقاط الخيار، هو إسقاط السلطـة مطلقاً، أي الازالة

والاقرار بالارش، و إلاّ فيكتفى بسقوط الـردّ والفسخ دون الارش، وعلى كل تقدير فالمتّبع هو الفهم العرفي في المقام.

هـذا كلّه في انشـاء السقوط قـولاً، وأمّا انشـاؤه فعلاً فإنّما هـو بالتصرّفـات الاعتباريـة، كالبيـع والهبة والعتق والتـدبير وقد ذكـره الشيخ تحت عنـوان المسقط الثاني، أعني: التصرّف ــ وسيوافيك أنّه ليس لنا دليـل على أنّ التصرّف بما هو هو مسقط ـ و إنّما دلّ الـدليل على أنّ عدم بقاء العين على حـالها مسقط. والتصرّفات الاعتبارية لا تنافي بقاء العين على حالها، لكنّها لما كانت مصداقاً لانشاء الاسقاط فعلاً من العالم بالعيب مطلقاً ومـن الجاهل إذا كان محتملاً للعيب، تكون مسقطة حتى ولـو بعد الرجـوع إلى ملك المشتري، فالمعيار هنـا هو كـونه مصداقـاً لانشاء السقـوط فعلاً، سـواء أبقيت على حالها أم لا، وسيـوافيك الكـلام على ضوء كـلام الشيخ.

الثاني: اشتراط الاسقاط في متن العقد:

ولم يذكره الشيخ، وقد ذكره في سائر الخيارات، وقد مرّ الكلام فيه وأنّه ليس من قبيل إسقاط ما لم يجب.

الثالث: التصرّف في المعيب:

وقد عـدّ التصرّف من المسقطات في كلمات جماعـة وهل هو مسقـط مطلقاً سواء أكان قبل العلم بالعيب أم كان بـعــده ، كان دالاّ على الرضا بالعقد أم لا، كـان مغيّـراً أم لا، أو ليـس بمسقط مطلقـاً، أو مسقـط إذا دلّ على الـرضـا دون

غيره، أو إذا كـــان مغيراً دون غيره، أو مسقـط في كلتـــا الصـــورتين دون غيرهما، هـذه احتمالات في بدء النظـر. وأمّا الأقـوال: فقد اختلفـوا فيما هو المسقـط، فقيل المسقط:

١ـ التصرّف الكاشف عن الـرضا نوعاً وهذا هو الـذي استظهره الشيخ من كلمات جماعة وذكر نصوصهم.

٢ـ التصرّف المغيِّـر وهو المحكي عن ابن الجنيد، وصريح الشرائع.

٣ـ التصرّف المغيّـر قبل العلم، والكاشف عن الرضا بالعقد بعد العلم وإن لم يكن مغيّـراً، وهو خيرة ابن زهرة [١] واختاره الشيخ الأعظم.

٤ـ التصرّف بعـد العلـم وأمّـا قبله فـلا يسقط الخيار، حكـي عن الشيخ في المبسوط [٢].

٥ـ التصرّف بعد العلم يسقط الردّ والأرش [٣].

٦ـ التصرّف بـالعتق يسقط الردّ أمّا الهبـة والتدبير فلا يسقطان، وقـد حكيا عن المقنعة [٤].

هذه هـي الأقوال المصطـادة من عبارات القـوم وكتبهم والمستنـد في المقام روايتان:

١ـ خبر زرارة، ووصفه الشيـخ الأعظم بالصحّة ولم يعلم وجهـه ـ مع أنّ في سنده مـوسى بن بكير وهو لم يوثّق في الكتـب الرجالية الأصلية ـ: عن أبي جعفر

١ـ المختلف: ١٩٥، الفصل الحادي عشر من كتاب التجارة.

٢ـ الجواهر: ٢٣/ ٢٣٩.

٣ـ الوسيلة: ٢٥٧.

٤ـ الجواهر: ٢٣/ ٢٣٩.

ـ عليه السلام ـ قال: أيّما رجلٍ اشترى شيئاً وبه عيب وعوار، ولم يتبرّأ إليه ولم يبيّن له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثمّ علم بذلك العوار وبذلك الداء، انّه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به [1].

٢ـ مرسلة جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما ـ عليهما السلام ـ : في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً، فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ، يرجع بنقصان العيب [2].

وربّما يتخيّل التعارض بينهما، حيث إنّ الملاك في الأُولى، هو احداث شيء في المبيع، واطلاقه يشمل المغيِّر وغيره مع أنّ الملاك في الثانية هو تغيّر المبيع وعدم بقائه على ما كان عليه في حال العقد.

ويرتفع التعارض بما ذكرنا في خيار الحيوان من أنّ المراد من إحداث الحدث في الروايات، هو ايجاد التغيّر في المبيع، لا مطلق التصرّف، كالأمر بغلق الباب وتعليف الدابة وسقيها، أو ركوبها إلى البيت أو غير ذلك من التصرّفات التي تبقى معها العين على ما كانت عليه، وقد ذكرنا الشواهد على ذلك فراجع، وعلى ضوء هذا فالروايتان تشيران إلى معنى واحد وإن شئت قلت الثانية تفسّر الأُولى.

والذي يؤيّد ذلك (أنّ مطلق التصرّف غير مسقط) ما في صحيح دواد بن فرقد قال: «سألت أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٢ـ المصدر نفسه: الحديث ٣.

عنده حتى مضى لها ستّة أشهر، وليس بها حمل فقال: إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ منه» [١] فإنّه من البعيد أن لا يتصرّف فيها المشتري، باللمس وغيره، أضف إلى ذلك: أنّه لو كانت مثل هذه التصرّفات مسقطة، يلزم أن لا يكون الوطء مسقطاً، لسبق هذه الأُمور عليه مع تضافر الروايات على أنّه من المسقطات [٢].

فإن قلت: إنّ الإمام ـ عليه السلام ـ قد عدّ في صحيحة علي بن رئاب بعض التصرّفات غير المغيّرة من أقسام إحداث الحدث كاللمس والتقبيل والنظر إلى ما يحرم عليه قبل الشراء، فكيف يصحّ لنا تخصيص إحداث الشيء الوارد في خبر زرارة بالتصرّف المغيّر.

قلت: قد تقدم منّا في خيار الحيوان أنّ ما جاء فيها تعبّد من الإمام ويختصّ بباب خيار الحيوان لخصوصية في الأمة لا غير، ولا يعمّ باب خيار العيب لما عرفت في صحيحة داود بن فرقد، وغيرها.

فتلخص من ذلك أنّ المسقط ـ حسب ما تعطيه الروايتان ـ هو المغيّر فهو مسقط مطلقاً ، سواء كان قبل العلم أو بعده، كشف عن الرضا نوعاً بالعقد أم لا، واختصاص خبر زرارة بها قبل العلم لا يضر مع إطلاق مرسلة جميل، على أنّه إذا كان مسقطاً قبل العلم، يكون مسقطاً بعده بطريق أولى.

وبما أنّ الموضوع في مرسلة جميل هو بقاء العين وعدمه، فيعم ما إذا استند عدم البقاء إلى أمر سماوي، أو شخص ثالث، وكون الوارد في خبر زرارة هو إسناد الحدث إلى المشتري لا يضر بالمقصود بعد مساعدة العرف في هذه المقامات

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٣ من أبواب أحكام العيوب ١.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

على أنّ الموضوع «تبدّل العين» وانّ الاسناد إلى المشتري لكونه الغالب لا أنّه دخيل.

وعلى ضوء ذلك، يكون المسقط الثاني: تغيّر العين بأي سبب كان، وعدم بقائها على ما كانت عليه حال العقد لا التصرّف كما هو الوارد في كلمات القوم خصوصاً المتأخّرين .

وعلى هذا فما هو المسقط هو عدم بقاء العين، وأمّا التصرّف غير المغيّر، كبيع المبيع وهبته وعتقه، فليس بمسقط إلاّ لأجل كونه انشاءً فعلياً للاسقاط ـ كما مرّ ـ ولاينحصر فيها بل يعمّ ما لو قام المشتري بأمر يعد عرفاً كونه مصداقاً للاسقاط كما إذا عرض المبيع المعيبَ للبيع أو بنى اصطبلاً للحيوان أو غير ذلك.

فإذا كانت هذه الأُمور انشاء للاسقاط فلو عاد إلى ملكه ثانياً، لا يجوز له الردّ وإن كانت العين باقية. من غير فرق بين العتق والبيع وغيرهما.

نعم من جعل المسقط هو التصرّف صحّ له البحث عن عموميته لهذه التصرّفات وعدمها، وأمّا على المختار من أنّ التصرّف ليس بمسقط رأساً، وإنّما هو إمّا داخل تحت المسقط الثالث(التصرّف في العين إذا كان مغيّراً) أو تحت الأوّل: (انشاء السقوط) فأحكام هذه التصرّفات الاعتبارية واضحة.

الرابع: تلف العين:

وقد ادّعى الاجماع على كونه مسقطاً أو ما يكون كالتالف ويمكن الاستدلال عليه بوجوه:

١ ـ مفهوم الجملة الشرطية الواردة في مرسلة جميل حيث قال: «إن كان الثوب قائماً بعينه ردّه على صاحبه» فكما أنّه يصدق بانتفاء المحمول كما إذا كان الثوب موجوداً لكن غير قائم بحاله، فهكذا يصدق بانتفاء الموضوع بتلف الثوب رأساً فيصدق أنّه غير قائم بعينه.

وأورد عليه السيد الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ بأنّه إنّما يتم لو كان المفهوم «إن لم يكن الشيء قائماً بعينه» وأمّا إذا كان المفهوم قضية معدولة «إن كان الثوب غير قائم بعينه» أو سالبة مع حفظ الموضوع فلا، والموافق للعرف في الشرطيات وقوع الشرط في عقد الاثبات والنفي على موضوع ملحوظ مفروض التحقّق فيخرج مثل التلف الحقيقي [١].

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره من إخراج السالبة بانتفاء الموضوع عن تحت المفهوم وتخصيصه بالمعدولة بانتفاء المحمول دقّة عقلية غير مطروحة للعرف المحكَّم في هذه المقامات، وذكر قطع الثوب أو خياطته في ذيل الرواية لا يقتضي التخصيص.

٢ ـ ادّعاء الأولوية فإذا كان التغيّر مسقطاً فالتلف أولى به.

يلاحظ عليه: بأنّ سقوط الردّ عند التغيّر إنّما هو لأجل رعاية حال البائع لئلاّ يرد عليه المعيب المضاعف، بخلاف المقام، فإنّه مع الردّ يدفع المشتري قيمة العين المعيب ويأخذ الثمن، وهو شيء سهل لا حرج فيه للطرفين.

٣ ـ إنّ الحق في هذا الخيار حسب مفاد الأدلّة تعلّق بردّ العقد وعلى فرض القول بتعلّقه بالعقد فهو مقيّد حسب أخبار الباب بفسخ العقد بردّ العين،

---

١ ـ المتاجر: ٥/ ٣١.

فسقوط الحق بالتلف ونحوه ليس كونه مسقطاً شرعياً بل هو لأجل أنّه لا يمكن الردّ معه فإنّ وجود العين موضوع له.

يلاحظ عليه: أنّ التفريق بين هذا الخيار وغيره، ليس بظاهر والخيار في الجميع بمعنى واحد، وهو السلطة على حل العقد واقراره فهو متعلّق بالعقد الباقي، وتفسيره بما ذكر غير ظاهر وأمّا ما هو الوظيفة بعد الحل فإنّما يرجع فيها إلى حكم العقلاء فلو كانت باقية تردّ نفسها وإلاّ فبدلها من المثل أوالقيمة ويأخذ الثمن.

وأمّا لفظ الردّ الوارد في مرسلة جميل وغيرها فليس دليلاً على أنّه حقّ متعلّق بالعين وإنّما هو لبيان أثر الفسخ، لا لبيان ماهيّة الحق، والشاهد عليه ما في صحيحة حماد: «إنّ البيع لازم لا يردّها»[1].

٤ـ إنّ المشتري ـ حسب فتوى المشهور ـ مخيّر بين الردّ وأخذ الارش، وبما أنّ الثاني في عرض الأوّل، فلمّا امتنع الأوّل، يتعيّن الشق الآخر للتخيير، ولا تصل النوبة إلى الرجوع إلى ردّ بدل التالف، لأنّه ليس في عرض المبدل.

يلاحظ عليه ـ مضافاً إلى أنّه إنّما يتمّ على مبنى المشهور، لا على ما هو المستفاد من الروايات ـ: أنّ الشق الأوّل عبارة عن ردّ المبيع، وله درجتان، ردّه بعنيه وردّه بمثله أو بقيمته وليس ردّ بدل التالف متأخّراً عن أخذ الارش، لأنّه من مصاديق ما هو متّحد معه رتبة فردّ البدل في رتبة أخذ الارش.

فالأولى الاستدلال بالمفهوم لا بهذه الوجوه الاعتبارية.

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧.

الخامس: حدوث عيب عند المشتري:

إنّ حدوث العيب في المبيع على أقسام:

١ـ حدوثه بعد العقد وقبل القبض.

٢ـ حدوثه بعد القبض في أيّام الخيار للمشتري.

٣ـ حدوثه بعد إنقضاء أيّامه.

والمقصود بالبحث هو الصورة الثالثة، ونبحث عن الأولين استطراداً.

١ـ حدوثه قبل القبض ضماناً ومانعية:

المبيع المعيب السابق على العقد، إذا حدث فيه العيب قبل القبض، يقع الكلام فيه في الأُمور التالية:

١ـ هل ضمانه على البائع أو لا؟

٢ـ هل هو مانع عن الردّ أو لا؟

٣ـ هل هناك خياران أو خيار واحد؟

فنقول: إنّ الضمان على البائع وهو غير مانع عن الردّ بالعيب السابق، ويدل على كلا الحكمين أمران:

١ـ إرتكاز العقلاء حيث يرون البائع مسؤولاً عن المبيع كلاًّ وجزءاً ووصفاً حتى يُسلِّمه ولا يرون العيب اللاحق مانعاً عن الردّ بل يكون الردّ مؤكَّداً لأجل تضاعف العيب.

٢ـ مرسلة جميل وفيها: «يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً...» ببيان أنّ

قولـه «يجد فيه عيبـاً» و إن كان ظاهـراً في العيب السابق على العقـد، لكن الظهور بدئي، يزول بملاحظة أنّ بعـض الأمتعة ربّما يقع الفصل الزمني بين العقـد عليه، وتسليمـه واقباضـه، ويحدث فيـه العيب أيضـاً، و بما أنّ الـروايـة في مقام إعطـاء الضابطة وأنّ ذكـر الثوب والمتاع من باب المثـال فيعم قوله: «يجد فيـه عيباً» هذا القسم من العيب أيضاً، ولأجل ذلك يقوم التجار اليوم بعقد التأمين مع الشركات التأمينية، لجبر الخســارات الواردة على المبيع بين العقد والقبض، ومـا هذا إلاّ لأنّ بعض المبيعات في معرض التلـف والتعيّب في تلك الفترة من غير فرق بين العصر الحاضر والعصور الماضية.

فإذا كان الحديث مطلقاً، من حيث العيب السابق على العقد، واللاحق به قبل القبض، ومـن حيث حدوث واحد منهما أو كليهما، يكـون الجواب في الجميع واحداً وهـو أنّه «انّ المتـاع إذا كان قـائماً بعينه، ردّه على صـاحبه وأخـذ الثمن»، وتكون النتيجة هو كون الخسارة على البائع، وأنّ العيب الحادث غير مانع عن الردّ بالعيـب السابق. والمبيع لأجل حـدوث العيب بين العقد والقبـض و إن كان غير باق على حاله لكن سيوافيك أنّ المرسلة لا تشمل هذا النوع من التغير، بل تختص بالتغيّـرات الحادثة بعد القبض، فانتظر.

وربّما يستدل بالنبوي الشريف: «كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعـه» ببيان أنّ تلـف البعض أو الوصـف مثل تلف الكل، والمقصـود أنّ التلف بأقسامـه الثلاثة بعد العقـد وقبل القبض يفرض كالتلف قبـل العقد، ولازم ذلك الانفساخ في تلف الكل والبعض، والخيار في حـدوث العيب، وذلك لأنّه لو كان المبيع تـالفاً كلّـه أو بعضه قبـل العقد، كـان العقد عليـه باطـلاً، فهكذا إذا كـان بعـده، ولو كـان معيباً قبـل البيع أو حينه، كـان مـوجباً للخيـار، فهكذا إذا كـان

بعده [1].

يلاحظ عليه **أوّلاً**: أنّ النبوي يتضمّن حكم تلف الكل، لا البعض ولا الوصف، فالحاقهما به يحتاج إلى الغاء الخصوصية أو تنقيح المناط.

وثانياً: سلّمنا جواز إلحاق تلف البعض أو الوصف بتلف الكل، لكن المتبادر منه بيان خصوص كون الخسارة على البائع، وأمّا أن حكم كل واحد بعد العقد حكمه قبل العقد، فتكون النتيجة هو البطلان في الموردين، والخيار في مورد طرؤ العيب، فلا يستفاد منه إذ من المحتمل أن يكون حكم الكل بعد العقد هو البطلان، لا البطلان في موردين والخيار في مورد ثالث وإن كان الحكم كذلك في التلف قبله.

وبذلك يظهر عدم صحّة الاستدلال بما دلّ على أنّ تلف المبيع أو بعضه قبل القبض على البائع، كرواية عقبة بن خالد [2] وصحيحة بريد بن معاوية [3] فإنّ أقصى ما يمكن أن يقال: هو الحاق تلف الوصف بتلف الذات كلاً أو بعضاً، وأمّا كون الحكم في الأوّلين هو البطلان، وفي الأخير الخيار قياساً على حكمهما قبل العقد فلا يستفاد من الحديثين، لأنّ استفادة ذلك التفصيل يحتاج إلى دلالة زائدة لا توجد فيهما. فالأولى الاستدلال بسيرة العقلاء ومرسلة جميل على أنّ الحكم إجماعي كما لا يخفى.

فإن قلت: كيف لا يوجب سقوط الخيار بالعيب السابق مع أنّ مقتضى إطلاق المرسلة أنّ التغيّر بعد العقد وقبل القبض مسقط، ولا يعقل أن يكون

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ٧٦.

٢ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠، من أبواب الخيار، الحديث ١.

٣ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع، الحديث ١.

مسقطاً للخيار الآتي من قبله، لأنّ العيب سبب لثبوته لا لسقوطه، وأمّا سقوط الخيار الناشئ من السبب السابق فلا مانع منه، بل هو مقتضى دلالتها إطلاقاً[1].

قلت: إنّ قوله «فيجد فيه عيباً» و إن كان يشمل العيب القديم والحادث بين العقد والقبض، على ما عرفت، لكن قوله: «إن كان الثوب قائماً بعينه ...» ناظر إلى خصوص التغيّر الحادث عند المشتري أي بعد دخول العين في سلطته وخروج البائع عن مسؤوليتها، وجعلها على عاتق الآخر، فعلى هذا يقول الإمام: إنّ جواز الردّ وعدمه يدور مدار بقاء الشيء على حاله وعلى النحو الذي أُخذ وعدمه، ولا نظراً لها إلى التغيير الحادث بين العقد والقبض حتى يقال إنّ مقتضى إطلاقها، هو سقوط الخيار بالعيب السابق، بواسطة العيب اللاحق.

وبالجملة: المقصود تغيّره وعدمه بعد القبض وأمّا العوارض الطارئة قبله فليست بصدد بيان حكمها.

إذا عرفت هذا فإليك البحث عن تعدّد الخيار ووحدته.

هل هناك خياران أو خيار واحد ؟

إذا كان العيب الحادث لا يؤثّر في سقوط الخيار المسبب من ا لعيب المتقدم على العقد، يقع الكلام في تعدد الخيار ووحدته، وأنّ العيب الحادث يؤكد الخيار السابق أو يحدث فيه خياراً مستقلاّ.

لا شك أنّ تعدّد العيب يؤثّر في كثرة الأرش وقلّته، بمعنى لحاظ كل من النقصين وذلك لأنّ لكل عيب تأثيراً في قلّة الرغبة ونزول السعر،

١ـ المتاجر: للسيد الأُستاذ قسم الخيارات: ٥/ ٤٥ـ٤٦.

إنّما الكلام في أنّ تعدّد العيب هل يؤثّر في تعدّد الخيار أو لا، فنقول إنّه على قسمين:

١ـ إذا كان العيبان مجتمعين قبل العقد.

٢ـ إذا كانا مترتبين بأن كان أحدهما موجوداً قبله والآخر حدث بينه وبين القبض.

فيقع الكلام في أنّ الفردين من طبيعة واحدة سواء كانا مجتمعين أو مترتبين كالفردين من سببين مختلفين، كالشرط وبيع الحيوان، حتى يتعدّد الخيار، أو لا.

هناك احتمالات:

ألف:التفريق بين فردين من سببين مختلفين فيستقل كل بالخيار، وفردين من سبب واحد، فيكونان داخلين تحت عنوان العيب، فيصير المسبب واحداً كالسبب.

ب:الحكم بتعدّد الخيار مطلقاً، كانا من جنس واحد أو من جنسين، كانا مجتمعين قبل العقد أو متفرقين، وتصوّر أنّ تعدّد الخيار أشبه بتحصيل الحاصل، مدفوع بأنّه إنّما يلزم لو لم يكن للتعدّد أثر، والمشتري ربّما يسقط الخيار المسبب من سبب (الحيوان) دون آخر (الشرط) و ربّما يرضى بأحد العيبين، ويبقى الآخر مؤثّراً في جواز الردّ.

ج: التفريق بين المجتمعين والمترتبين من جنس واحد، فلو كانا مجتمعين قبل العقد فالخيار واحد ولو كانا مترتبين فالخيار متعدّد، وذلك لأنّهما إذا كانا مجتمعين في زمان واحد، يستند الخيار في نظر العرف إلى الجامع بينهما، أعني: العيب، فيتّحد الخيار لاتّحادسببه، بخلاف ما إذا كان مترتبين فالعيب الموجود

حين العقد، يوجب خياراً، والحادث بعده، يؤثّر تأثيراً جديداً لعدم كون الاجتماع مانعاً عن تأثيره.

د: إنّ المترتبين كالمجتمعين لا يوجبان خياراً جديداً، غير أنّ الفرد الأخير في المترتبين له اقتضاء التأثير فلوإرتفع المانع يكون مؤثّراً فعلياً، مثلاً إذا أسقط الخيار المستند إلى العيب السابق، ثمّ حدث العيب الجديد، أو أسقطه بعد حدوثه، فلا مانع من أن يكون الحادث مؤثّراً وموجباً للخيار، وحاصل الفرق أنّ كل فرد من المجتمعين يصبح كجزء العلّة، فيؤثّر الجميع ويُحدث خياراً واحداً، بخلاف المترتبين الواقعين في زمنين مختلفين، فإنّ كل واحد علّة تامة غير أنّ سبق تأثير الأوّل، يمنع عن تأثيره الفعلي، فإذا ارتفع المانع، كما أسقط خياره، تعود الفعلية عليه ويكون سبباً مستقلاّ ً للخيار.

فإن قلت: المستفاد من النبوي الشريف أنّ العيب الحادث بين العقد والقبض، كالعيب الموجود قبل العقد، فيلزم على هذا، إتحاد حكم المترتبين مع المجتمعين.

قلت: قد عرفت مفاده وأنّه لا يتجاوز عن كون الخسارة على البائع، وأمّا أنّ العيب الحادث يتّحد مع القديم في جميع الجهات فلا.

هذه هي الوجوه المحتملة، والوجه الأخير هو الأقرب إلى الاعتبار وارتكاز العقلاء.

وبذلك يظهر ما في كلام سيّدنا الأُستاذ ــ قدّس سرّه ـ من أنّ الخيارات المتعدّدة للعيوب تعد لغواً [1] مع أنّ تعدد الخيار ليس إلاّ كتعدّد الحقوق فله أن يتعامل مع كلّ حق بشكلٍ خاص.

١ـ المتاجر: قسم الخيارات: ٥/ ٤٥.

٢ـ حكم العيب الحادث بعد القبض في أيّام الخيار:

تضافرت النصوص على أنّ العيب الحادث في أيّام الخيار للمشتري على البائع، ففي صحيحة ابن سنان: سألت أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ: عن الرجل يشتري الدابّة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فتموت الدابّة أو العبد، أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟! فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط: ثلاثة أيّام، ويصير المبيع للمشتري[1].

روى الصدوق عن ابن رباط مرسلاً عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ . قال: إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيّام فهو من مال البائع[2].

فيقع الكلام في ضمانه، واحداثه الخيار، ثم في مانعيته ـ على نحو تعرف ـ والاستدلال بالصحيحة على المقام فرع دراسة مدلولها وتبيين ماذا يريد الإمام ـ عليه السلام ـ من قوله: «حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام ويصير المبيع للمشتري».

فهل التعبير حقيقي والمراد أنّ المبيع ملك للبائع حقيقة، وأنّه بعدُ لم ينتقل منه إلى المشتري، وإنّما يتحقّق إذا انقضت أيّام الخيار، كما هو خيرة الشيخ الطوسي، ولأجل ذلك ذهب ـ قدّس سرّه ـ إلى أنّ حصول الملكية للمشتري يتوقّف على إنقضاء الخيار.

أو أنّ التعبير، تعبير مجازي يهدف إلى أنّه لمّا كان النقص على البائع ومن ماله، فكأنّه بعد باق في ملكه ولم ينتقل إلى المشتري ولم يصر ماله.

---

١ و ٢ ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام الخيار، الحديث ٢ و ٥.

فلو قلنا بالأوّل ـ الذي أعرض عنه المشهور ـ يكون حكم العيب الحادث في زمان الخيار حكم العيب الحادث قبل تمام البيع كالحادث بين الايجاب والقبول، ومن المعلوم أنّ مثله مضمون على البائع، ولو باعه ـ مع هذا العيب ـ يحدث خياراً ولا موضوع للبحث عن مانعيته، لأنّ البحث عنها فيما إذا تمّ البيع، وحدث العيب بعده، والمفروض خلافه، فحكم هذا العيب الحادث في زمان الخيار، حكم الحادث قبل إجراء العقد أو أثناءه، فكما أنّه لا موضوع للبحث عن المانعية هناك فكذا المقام. لأنّ المفروض أنّ الانتقال غير حاصل.

ولو قلنا بالثاني، يثبت الضمان والخيار لأنّ التنزيل إنّما هو بلحاظ أظهر الآثار، وأثر حدوث العيب في ملك البائع حقيقة، إنّما هو كونه من ماله ولو باعه معه، يحدث خياراً، فهكذا المنزّل منزلته، أعني: العيب الحادث في أثناء أيّام الخيار، فهو مثل الحادث في ملك البائع في أظهر الآثار وأجلاها،وهو الخيار والضمان.

وأمّا مانعيته عن الردّ بالعيب السابق فالمرسلة منصرفة عن هذا المورد لأنّ العين و إن كانت غير باقية على حالها حيث تغيّرت عمّا كانت عليه قبل القبض، لكن لمّاكانت المسؤولية على عاتق البائع، والنقص متوجّهاً إليه تكون المرسلة منصرفة عن هذه الصورة و إنّما هي ناظرة إلى ما لا يكون النقص متوجّهاً إليه، بل تكون المسؤولية متوجّهة إلى المشتري ففي مثل هذا المورد يكون التغيّر ـ ولو كان خارجاً عن حيطة المشتري واختياره ـ موجباً لمنع الرد بالعيب السابق.

ثمّ إنّ ما دلّ على أنّ العيب الحادث في أيّام الخيار من مال البائع، مختص بالآفة السماوية، من غير فرق بين صحيحة ابن سنان، أو مرسلة ابن رباط ففي

هذا النوع من العيب يأتي حديث التنزيل الوارد في الروايتين ويُتلقى كأنّه حدث قبل العقد، فيكون محدِثاً للخيار وغير مانع عن الردّ.

وأمّا العيب الحادث بفعل البائع أو المشتري، أو الأجنبي، فهو خارج عن حريم ما دلّ على أنّ تلف المبيع في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له، ويرجع فيه إلى سائر القواعد.

أمّا إتلاف البائع، فليس بمانع، لانصراف المرسلة عمّا إذا كان عدم القيام مستنداً إلى تقصير البائع فالمرجع فيه هو عمومات الردّ بالعيب السابق، فللمشتري خيار الردّ وأخذ الثمن، كما له أخذ الارش للعيبين السابق والحادث.

ولكن تلاحظ في أخذ الارش للسابق، النسبة إلى الثمن، لأنّ الضمان فيه ضمان معاوضي فالمشتري لا يستحقّ قيمة ما نقص بالعيب السابق بل يستحق ما دفع بازائه من الثمن، فلأجل ذلك يستحقّ ما خصّه به من الثمن، بخلاف العيب الحادث بيد البائع بعد القبض فإنّ الضمان فيه ضمان يد وغرامة، فيستحقّ قيمته السوقية.

والحاصل أنّ مرسلة جميل: تهدف إلى مراعاة جانب البائع فتشرط في الالزام بالردّ بقاء العين بحالها، ومن المعلوم أنّها لا تعم إذا كان البائع نفسه سبباً للنقص وايجاد الضرر.

وأمّا إتلاف المشتري فمسقط بلا كلام، لاطلاق المرسلة، وأمّا الأجنبي فهو أيضاً مانع عن الردّ لعدم قيام العين بحالها.

ثمّ إنّ كون الموضوع في رواية زرارة، هو إحداث المشتري، وفي مرسلة جميل،

عـدم قيام العين بحـالها، لا يوجـب التعارض لأنّهما مثبتتـان، لا تصلح إحـداهما لتقييد الأُخرى، بل تحدَّد الأُولى بمرسلة جميل فيكون الملاك بقاء العين وعدمه.

٣ـ العيب الحادث بعد القبض والخيار:

إذا حـدث العيب بعد زمـان إنقضاء الخيـار، فقـد حكي الاجماع على كونـه مضموناً على المشتري، وأنّه مانع عن الردّ. قال الشيخ في الخلاف: إذا اشترى شيئاً وقبضه، ثمّ وجد بـه عيباً كان عند البائع، وحدث عنـده عيب آخر، لم يكن له ردّه إلاّ أن يرضى البائع بأن يقبله فيكون لـه ردّه، ويكون له الارش إذا امتنع البائع من قبوله معيباً، وبه قال الشافعي.

وقال أبو ثور وحماد بن أبي سلمان: إذا حدث عند المشتري عيب ووجد عيباً قديماً كان عند البائع ردّه وردّ معه أُرش العيب.

وقال مـالك وأحمد: المشتري بالخيار بين أن يـردّه مع ارش العيب الحادث، وبين أن يمسكه ويرجع على البائع بارش العيب القديم [١].

ولم ينقل الخلاف إلاّ من المفيد لكن عبارته في المقنعة ليست صريحة في جواز الردّ [٢] واستدلّ العلاّمـة في التذكرة بأنّ تحمّل البائع له بـالعيب السابق ليس أولى من تحمّل المشتري له بالعيب الحادث.

يلاحظ عليه: أنّـه لا يثبت ما رامه (عدم جواز الردّ) إذ غـايته أنّ المقام من قبيل تعـارض الضررين فيتسـاقطـان، فيرجع إلى عمومـات الـردّ عند الأصحـاب لتسالمهم في تلك الموارد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص.

١ـ الخلاف: ٣/ ١١٤ـ ١١٥ كتاب البيع، المسألة ١٩٢.

٢ـ المقنعة: ٥٩٧ باب العيوب الموجبة للردّ.

والأولى الاستدلال بـرواية زرارة ومرسلة جميـل، وقد عرفت عـدم التعارض بينهما وأنّ المقيـاس بقاء العين بحـالها. والمفروض خـلافـه من غير فرق بين كـون التلف مستنداً إلى آفة سماوية أو المشتري أو الأجنبي. نعـم لو كان العيب مستنداً بفعل البائع لا يكون مانعاً عن الردّ لما عرفت في البحث المتقدم.

بقيت هنا أُمور [1]:

الأوّل: إذا كان المستند لسقوط الخيار هو مرسل «جميل» المؤيّد برواية زرارة، فالمسقط الخامس عدم بقاء العين على ما كـانت عليه، من التلف والتغيّـر، سواء كان حسّياً أو غير حسّـي، كما إذا نسي الطحن أو الخياطة أو الكتابـة سواء كان التغيّـر عيباً أم لا، فيسقط في موارد وإن لم يكن هناك عيب.

١ـ إذا عمل في المبيع لـه أُجرة أو زاد فيه وصفاً كذلك، فليس لـه الردّ لعدم القيام على مـا كان وإن لم يكن عيـب بل ربّما يزيد على قيمتـه وقد ورد في مـرسلة جميل: الصبغ والخياطة.

٢ـ إذا مزج المبيع بمالـه على وجه لا يتميّـز كمزج الحنطة بالحنطـة المساوية لها فيصدق عدم قيامه بعينه.

٣ـ إذا تلف بعـض المبيع، وإن لم يكن للتالف تأثير في البـاقي كما إذا تلف طُنّ من أطنـــان الحنطة، ولأجـل ذلـك قلنا: إنّ الموضوع التغيّــر سواء كـان عيباً أو لا.

الثاني: لو رضي البـائع بردّه معيباً مع الارش أو مجّانـاً فهل يبقى التخيير بين الـردّ والارش مع عـدم بقـاء العين بحالها أو لا؟ وجهـان: من أنّ المنـع عن الـردّ

١ـ ذكرها الشيخ الأعظم وأكملها السيد الطباطبائي في تعليقته: ٧٩ـ٨٠.

لرعاية حال البائع، فإذا رضي به فلا مانع من الردّ. ومن أنّه على خلاف ظاهر المرسلة من سقوط الردّ وتعيّن الارش. والأقوى هو الأوّل، لأنّها واردة في مقام توهّم جواز الالزام بالردّ ـ مع عدم بقاء العين بحالها ـ فيكون قوله : «و إن كان الثوب قد قطع ...» يرجع بنقصان العيب، في مقام ردّ ذلك التوهّم، فلا يستفاد منها عدم جواز الردّ مع الرضا، بل عدم جواز الالزام، وهذا نظير إطلاقات الأمر بالردّ مع عدم التصرّف فإنّها في مقام دفع توهّم لزوم الوفاء، فلا يستفاد منها لزوم الردّ وعدم جواز الإمساك مع الارش.

هذا كلّه إذا لم يكن بعنوان الاقالة و إلاّ فلا اشكال، وليست المرسلة ناظرة إلى نفيها.

الثالث: إذا زال العيب الحادث قبل أخذ الارش فهل يجوز الردّ أو لا؟ وجهان من صدق بقاء العين على حالها حين الردّ، مضافاً إلى أنّ العيب السابق مقتضٍ للردّ، والحادث مانع ما دام موجوداً فإذا زال، أثّر المقتضي، ومن أنّه إذا طرأ الحادث صدق أنّ العين غير قائمة بحالها فسقط الخيار. والأوّل هو الأقوى، إذ لا يستفاد من المرسلة، إلاّ مانعية العيب الجديد عن الردّ لا سقوطه به، لو لم نقل إنّ الميزان عدم القيام بحالها في حال الردّ لا مطلقاً وقد قلنا سابقاً إنّ البيع من الغير، مانع ما دام موجوداً فإذا رجعت إليه، فهو لا يمنع عن الردّ لصدق القيام بحالها حينه، اللّهمّ إلاّ أن يعدّ نفس رفع العيب عن طريق التصليح عيباً باقياً كما هو الحال في الأجهزة الصناعية، فلا يُلْزم بالقبول.

الرابع: إذ ردّ بالعيب السابق، قبل ظهور العيب الحادث في يد المشتري ثمّ بان له، فهل يكشف عن بطلان الفسخ بالعيب السابق أو لا ؟ الظاهر نعم لأنّ الموضوع للردّ بالفسخ بقاء العين على حالها، فإذا بان خلافه، بأن تبيّن عدم

المجوّز للفسخ واقعاً فيبطل الفسخ، ورضا البائع كان مبنياً على بقاء المبيع على حاله فإذا بان الخلاف لم يعتد بالرضا المعلّق.

إنّ من موانع الردّ تبعّض الصفقة وله أقسام:

١ـ تبعّض الصفقة بردّ المعيب وابقاء الصحيح:

إنّ من موانع الردّ ـ عند المشهور ـ لو لم يكن إجماعاً ـ تبعّض الصفقة بالردّ، وذلك فيما إذا ابتاع شيئين من مالك واحد بثمن واحد، ثمّ بان عيب في واحد منهما، فليس له ردّ المعيب وامساك الصحيح بل له إمّا ردّهما أو إمساكهما معاً.

قال الشيخ في الخلاف: إذا اشترى عبدين صفقة واحدة، فوجد بأحدهما عيباً، لم يجز له أن يردّ المعيب دون الصحيح وله أن يردّهما، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: له أن يرد المعيب دون الآخر، دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم[١].

وقال المحقّق: وإذا ابتاع شيئين صفقة ثمّ علم بعيب في أحدهما لم يجز ردّ المعيب منفرداً وله ردّهما أو أخذ الارش، وعلّق عليه في الجواهر بقوله: « بلا خلاف أجده فيه بل في الغنية الاجماع عليه »[٢].

ولنبيّن حكم بعض الأمثلة حتى يتبيّن محل النزاع.

١ـ إذا كانت له دار ذات شقق، فباع إحداها بثمن، وأُخرىٰ بثمن آخر،

١ـ الخلاف: ٣/ ١١٠، المسألة ١٨٠ من كتاب البيوع.

٢ـ الجواهر: ٢٣/ ٢٤٨.

فبان العيب في أحد الشقّتين، فله إمساك الصحيح وردّ المعيب، سواء وقع البيعان بانشائين أو كان البيعان بانشاء واحد، كما إذا قال بعد المذاكرة والمقاولة : بعت ما علم بما علم، ومثله ما إذا زوّج وكيل المرأتين كلتيهما من زوج واحد بعقد واحد وقال: زوّجتهما من موكّلي ثم بان سبب فسخ نكاحها في إحداهما ، فيجوز للزوج فسخها دون الأُخرى.

٢ـ لو باع سهمه المشاع من الدار والبستان لأجنبيّ صفقة واحدة، فللشريك الأخذ بالشفعة، في كلا الموردين أو واحد منهما، لأنّ له حقّين مستقلّين وليس إعمال أحدهما مشروطاً باعمال الآخر، وهل للمشتري الخيار، لأجل تبعّض الصفقة أو لا؟ فهو مبني على كفاية لا ضرر في إثبات الخيار. فيما إذا كان هناك ضرر نوعاً.

٣ـ إذا باع الحيوان مع الثوب صفقة واحدة، يجوز للمشتري، ردّ الحيوان في ثلاثة أيّام وحده، لأنّ متعلّق الخيار هو الحيوان، لا الثوب ولا المجموع منهما، ولو ردّه فهل للبائع الخيار، لتبعّض الصفقة أو لا ؟ فهو مبني على كون «لا ضرر» كافياً لاثبات الخيار، فيما كان هناك ضرر نوعاً.

إذا تعرّفت على حكم هذه الأمثلة يقع الكلام في أنّه إذا اشترى شيئين بثمن واحد من بائع واحد فبان العيب في أحدهما دون الآخر، فهل للمشتري امساك الصحيح وردّ المعيب أو لا ؟ وبعبارة أُخرى فهل له هذا الحق أو لا ؟ وتظهر الثمرة في أنّه على القول بالجواز يكون الردّ نافذاً من غير ترقّب، غاية الأمر كان للبائع خيار تبعّض الصفقة على القول به، وربّما لا يقوم باعماله. أمّا إذا لم نقل به، يكون الردّ باطلاً لعدم ثبوت هذا الحق، ولا تصل النوبة إلى خيار البائع لأجل التبعض.

وتظهر الثمرة أيضاً فيما إذا قلنا بالجواز وكان البائع راضياً، فإنّ الردّ يكون نافذاً، وهذا بخلاف إذا لم نقل به فانّ رضاه لا يفيد، لعدم كونه مشرّعاً.

ثمّ إنّ محل البحث فيما إذا أمكن ردّ المعيب وامساك الصحيح وهذا فرع الانفكاك بينهما فما يظهر من الشيخ من تعميم البحث إلى الجزء المشاع غير ظاهر[1].

ثم إنّه يمكن الاستدلال على عدم التبعيض بوجوه وهي بين صحيح وزائف وإليك بيانها:

الأوّل:إرتكاز العقلاء في كل عصر ومصر، حيث لا يرون للمشتري إلاّ حقاً واحداً وهو إمّا ردّ الجميع، أو إمساك الجميع مع أخذ الارش، وأمّا التبعيض فلا وهذا متبع ما لم يردع عنه الشرع.

الثاني: إنّ العقد الواحد إمّا ينفذ أو يفسخ، ولا يتبعّض.

توضيحه: أنّ قوله ـ عليه السلام ـ في المرسلة: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه» لا يخلو إمّا أن يراد منه الردّ الخارجي مع حفظ العقد وعدم فسخه، أو يجعل كناية عن فسخ العقد وحلّه، ويكون أثره رجوع العوضين إلى محلّهما. والأوّل غير محتمل، إذ لا معنى لرجوع العوضين إلى محلّهما مع بقاء العقد، فإنّ معنى ذلك ردّ المثمن مع كونه ملكاً للمشتري إلى البائع، وردّ الثمن مع كونه ملكاً للبائع إلى المشتري. والثاني هو المتعيّن، فإذا كان كناية عن الفسخ، فلا يجوز التبعيض في

١ـ حيث قال: «إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين» ومراده من الشيء الواحد، هو الواحد الحقيقي حيث قال: «لأنّ المردود إن كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة، وإن كان معيّناً فهو ناقص ...» ولا يتصوّر ردّ المعيب وإمساك الصحيح في الواحد الحقيقي إلاّ بتكلّف.

حلّ العقد باثباته في بعض دون بعض [١] إلاّ بأمرين:

١ـ إنحلال العقد الواحد إلى عقود، والالتزام الفارد إلى إلتزامات قابلة للتفكيك بفسخ واحد دون آخر. وهذا و إن أمكن عقلاً لكنّه غير معهود عرفاً فهو لا يرى في المقام إلاّ عقداً والزاماً واحداً، إمّا يثبت أو يزول.

٢ـ فسخ المعاملة من رأس وانشاء العقد على خصوص الصحيح وهو خلاف الفرض.

الثالث: عدم بقاء المبيع بحاله.

توضيحه: أنّه جاء في المرسلة «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً؟ فقال: لو كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن» [٢]، والمراد من المتاع كل ما يطلق عليه من واحد أو أكثر، فلو اشترى لطفله ثوباً مع حذاء بصفقة، يصدق عليهما أنّه اشترى متاعاً فليست الوحدة داخلة في مفهومه، ولا هو مقيّد بالكثرة، بل يصدق على كل ما يتمتّع به الإنسان من قليل وكثير.

وعلى ضوء ذلك يجب أن يكون المتاع باقياً بذاته و وصفه المقصود للعقلاء، وفي ردّ المعيب وإن كان المتاع باقياً بذاته لكنّه غير باق بوصفه، أعني: إنضمامه إلى الصحيح الذي هو الدافع لبيعه وشرائه.

وما ربّما يقال: من أنّ التغيّر المانع هو الحادث قبل الردّ، لا الحادث به،

١ـ كتب الإمام أمير المؤمنين إلى معاوية: «لأنّها بيعة واحدة لا يثنّى فيها النظر، ولا يستأنف فيها الخيار» نهج البلاغة، قسم الرسائل: ٧ ذكرت كلامه ـ عليه السلام ـ لأدنى مناسبة.

٢ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

غير تام لأنّ مانعيته لأجل رعاية حال البـائع، وسدّ توجّه الضرر إليه، فلا يتفاوت الحال بين كـونه قبل الـردّ أو بعده، والمقصـود هـو أن يصل المتاع إلى البـائع على النحو الذي دفعه والتبعيض يباينه.

هـذه الوجـوه، هي التـي يمكن أن يستنـد إليها الفقيـه في إثبـات مانعيـة التبعض عن الردّ وربّما يستدل بها لا يعتمد عليه و إليك البيان:

الرابع: إنّ الأدلّة ظاهرة في تعلّق حقّ الخيار بالمجموع لا بكلّ جزء ولا أقل من الشك، ضرورة عدم الـوثوق بالاطلاق فيها على وجـه يشمل الفرض والأصل اللزوم من غير فرق بين ما ينقصه التفريق كمصراعي باب أو لا [١].

وأورد عليه الشيخ الأعظم بوجهين:

١ـ أن لازم ذلك عـدم جواز ردّ المعيب منفرداً و إن رضـى البائع، لأنّ المنع حينئذ لعدم المقتضـى للخيار في الجزء لا لوجود المانع منـه، وهو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفي برضا البائع.

٢ــ لا شك في أنّ حـقّ الخيـار حقّ وحـدانيّ متعلّـق بما تعلّق بـه ولا يجوز تبعيضـه بالنسبـة إلى أجـزاء ذلك المتعلّـق، وانّما الاشكال في أنّ متعلّقـه هل هـو خصوص الشيء المعيـب، أو مجموع ما وقـع عليه العقد؟ لنـا أن نقول: إنّ ظـاهر دليل الخيار، هو الأوّل، فيكون كأخبار خيـار الحيوان، ولازمه جواز التفريق، نظير الخيار المسبّب عن وجود الحيوان في الصفقة في إختصاصه، به نظير اختصاصه في المقام بالجزء المعيوب، وعلى ذلك لـه حقّ ردّ المعيب وحده ولكن ردّ الصحيح معه لأجـل دفع الضرر ولكـن لـو رضى، صـحّ الـرد لـوجـود المقتضى وعـدم المانـع

١ـالجواهر: ٢٣/ ٢٤٨.

برضا البائع [١].

أضف إليه: أنّه كلّما كان الخيار لوجود خصوصية في المبيع، يتعلّق الخيار بما فيه الخصوصية، كالحيوان إذا بيع مع شيء آخر، فمتعلّق الخيار، هو الحيوان، لقوله: «وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيّام» [٢] ومثله المقام فانّ الخيار لأجل خصوصية في المبيع، من عيب أو عوار، كما في قوله في رواية زرارة: «أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار ...» [٣] ولأجل ذلك لا وجه لتعلّق الخيار بما لا ملاك فيه للخيار وهو الصحيح المنضم إليه.

هذا ما يمكن أن يقال في نقد ما استدلّ به صاحب الجواهر ـ قدّس سرّه ـ.

والظاهر عدم ابتناء حل المسألة على تعلّق الخيار بالمجموع أو بما فيه العيب، وذلك أنّا نفترض أنّه تعلّق بما فيه العيب، ولكنّه لا يكون دليلاً على جواز ردّه منفرداً إلاّ إذا ثبتت الملازمة بين كون شيء متعلّقاً للخيار وردّه مطلقاً، سواء كان تمام المبيع أو بعضه إذ من المحتمل أن تكون الملازمة بينهما فيما إذا كان المتعلّق تمامه لا جزئه. وهو خلاف الفرض، فمحاولة صاحب الجواهر لاثبات كون

١ـ توضيح لما أفاده الشيخ، وعبارته لا تخلو عن اطناب واغلاق، حيث قال: لا شك في ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع لا لكلّ جزء ثمّ فرّع عليه قوله: «هل محل الخيار، الشيء المعيوب أو مجموع ما وقع عليه العقد» ومن الواضح أنّه لو كان الخيار متعلّقاً لمجموع المبيع، لما كان له إلاّ قسم واحد وهو الثاني، ولا يتصوّر تعلّقه بالمعيوب وحده ولأجل ذلك تحيَّر المحشّون في تصحيح العبارة واحتمل السيد الطباطبائي أنّ المقصود من «مجموع المبيع» مجموع متعلّق الخيار، سواء كان كل المبيع أو القسم المعيب، والمراد أنّ الخيار على كلا القولين يتعلّق بالكل، لا بكل جزء منه. ولا يخفى بُعد التوجيه ولعلّ النسخ مغلوطة.

٢ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٣، لاحظ روايات الباب.

٣ـ المصدر نفسه: الباب ١٦، الحديث ٢.

المتعلّق، تمام المبيع لا جزئه فلا يثبت جواز الردّ، وسعي الشيخ لاثبات أنّ متعلّقه ما فيه العيب فيثبت جواز الردّ، غير ناجح.

الخامس: ما ذكره الشيخ من أنّ مرجع جواز الردّ منفرداً، إلى اثبات سلطنة للمشتري على الجزء الصحيح من حيث إمساكه، ثمّ سلب سلطنته عنه بخيار البائع، ولكن منع سلطنته على الردّ أوّلاً، أولى، ولا أقل من التساوي فيرجع إلى أصالة اللزوم.

يلاحظ عليه: أنّه استحسان والمتبع هو الدليل وقد عرفت مفاده.

٢ـ تبعّض الصفقة بتعدّد المشتري:

الفرق بين هذه المسألة والمسألة المتقدّمة واضح، فانّ محور الكلام فيما تقدم، هو أنّ تعدّد المبيع ـ مع فرض وحدة العقد والبائع والمشتري ـ هل يوجب تعدّد الخيار على أن يكون بازاء كل معيب خيار، ولازم ذلك أنّه لو كان العيب في جزء المبيع لا في تمامه اختصّ الخيار به، أو لا يوجب ذلك، بل هنا خيار واحد يتعلّق بتمام المبيع، سواء كان واحداً أو متعدّداً، وعلى الثاني كان المعيب واحداً أو متعدّداً.

وأمّا محور الكلام في هذه المسألة فهو أنّ تعدّد المشتري ـ مع فرض تعدّد العقد والمبيع والبائع ـ هل يوجب تعدّد الخيار لكل من المشترين فيجوز لأحدهما الانفراد بالفسخ في سهمه أو لا ؟

وعلى كل تقدير ففي المقام أقوال أربعة:

١ـ الجواز مطلقاً، وهو خيرة الشيخ والاسكافي والقاضي والحلّي وغيرهم وهو

الأقوى كما ستعرف.

٢ـ عدم الجواز مطلقاً، وهو خيرة الشيخ الأعظم وجماعة.

٣ـ التفصيل بين علم البائع بتعدّد المشتري فيجوز مع علمه لا مع جهله، وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك.

٤ــ الجواز مع تعدّد القبول من المشترين، وأمّا مع وحدة القبول ففيه التفصيل بين علم البائع بالتعدّد وجهله، وأمّا مبني الجواز وعدمه ـ مع قطع النظر عن التفصيلات ـ فتحتمل أُمور:

١ـ هل يتعدّد العقد بتعدّد المشتري ـ مع وحدة المبيع ـ أو لا ؟

٢ـ هل يتعدّد الخيار بتعدّد المشتري ، أو لا ؟

٣ـ هل المبيع قائم بحاله إذا قام أحدهما بالأعمال أو لا ؟

استدلّ الشيخ على عدم الجواز مطلقاً بوجوه ثلاثة:

ألف: إنّ الثابت من الدليل أنّ هنا خياراً واحداً متقوّماً باثنين، فليس لكل منهما الاستقلال، ولا دليل على تعدّد الخيار هنا إلاّ اطلاق الفتاوى والنصوص من أنّ من اشترى معيباً فهو بالخيار الشامل لمن اشترى جزءاً من المعيب لكنّه منصرف إلى غير المقام.

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان الدليل منصرفاً إلى ما إذا اتّحد المشتري، وكان المورد خارجاً عن اطلاق الدليل، يلزم أن لا يحكم بالخيار لمجموع المشترين أيضاً لأجل إنصراف الدليل عن مثل المقام فيلزم أن لا يكون هناك خيار أصلاً وهو كما ترى.

مع أنّ الامعان في دليل خيار العيب يعرب عن أنّ الخيار ثابت لطبيعة

المشتري سواء اشترى تمام الشيء أو بعضه وليس الهدف منه إلاّ دفع الضرر عن جانب المشتري فلا يتفاوت بين كونه واحداً أو متعدّداً.

ب: إنّ ردّ هذا المبيع منفرداً عن الآخر نقص حدث فيه.

يلاحظ عليه: أنّ حدوث النقص في المبيع باعمال الخيار، لا يكون مانعاً عن ثبوت أصله، وجواز ردّه غاية الأمر يكون سبباً لثبوت خيار آخر للبائع لأجله وهو غير منكر في المقام.

ج: إذا ردّ بعض المبيع يصدق عليه أنّه غير قائم بعينه ولو بفعل الممسك حصته وهو مانع عن الرد.

يلاحظ عليه: أنّ المراد قيام المبيع بعينه، وليس المبيع إلاّ السهم المشاع وهو قائم بحاله لم ينقص منه شيء، ومردود على النحو الذي أُخذ، وأمّا افتراقه عن النصف الآخر، فليس تغيراً في المبيع.

إذا عرفت مدى صحّة دليل المانع فاعلم أنّ مبنى المسألة إثباتاً ونفياً، هو تعدّد العقد ووحدته في المقام، فلو كان العقد متعدّداً فيتعدّد الخيار، فلو اتّحد العقد يتّحد الخيار، ولأجل ذلك لو كان تعدّد العقد في مورد واضحاً لا يشك في تعدّد الخيار أحد مثلاً فلو باع نصف داره من زيد مشاعاً، ثم باع النصف الآخر من عمرو من دون صلة بين المشترين، فلو حاول أحدهما فسخ ما اشترى لعيب فيها، لم يكن به بأس، ولا يدور في خلد أحد، أنّه لا يصحّ له الانفراد بأعمال الخيار، فيعمّه قوله: «أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار»[1] ومثله المقام، فلو باع داره من شخصين بصفقة واحدة وقال: بعتكما الدار بالمناصفة، أو لم يذكر

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

المناصفة فقالا: قبلنا، فالإنشاء وإن كان واحداً، لكنّه منحل إلى إنشائين، وعقدين، والتزامين، ولكل عقد والتزام، شأنه وحكمه، وقد مرّ أنّ وكيل الامرأتين لو زوّجهما من رجل واحد، ووجد في إحداهما سبب الفسخ،يصح له فسخ نكاحها مع إمساك الأُخرى.

نعم ربّما يمكن تصوّر وحدة العقد، مع تعدّد القبول، كما إذا كان القابلان وكيلين أو متولّيين لمشروع له شخصية حقوقية كالمنشآت الثقافية، أو الاقتصادية أو المساجد ودار الأيتام فاشتريا شيئاً للجهة المالكة في نظر العرف، ففي مثله ـ ربما يصحّ أن يقال ـ لا يصح ردّ شقص دون شقص.

نعم لو كان القابل واحداً، والمالك المشتري متعدّداً في الواقع، يمكن فيه التفصيل بين علم البائع بالحال وجهله، بجواز الردّ في الأول دون الثاني.

٣ـ تبعّض الصفقة بتعدّد البائع:

إذا كان المبيع مشتركاً بين شخصين فباعا من شخص واحد فوجد فيه عيباً، فهل يصح له ردّ سهم أحدهما، وامساك سهم الآخر أو لا؟

يظهر حكمه ممّا ذكرنا، فانّ تعدّد العقد في المقام أوضح من القسم الثاني وعلّله الشيخ بعدم توجّه أيّ ضرر على البائع، إذ لم يكن المبيع له في السابق كلّه، بل كان شريكاً فعاد إلى حاله.

هذا كلّه في سقوط الردّ، دون الارش وإليك الكلام في عكسه وهو البحث التالي:

في سقوط الارش دون الردّ:

يسقط الارش دون الردّ في مواضع ثلاثة:

الموضع الأوّل: إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب في أحدهما ففي جواز أخذ الارش وعدمه وجوه:

ألف: عدم جوازه مطلقاً سواء كان من جنس العوضين أم لا.

ب: جوازه مطلقاً.

ج: التفصيل بين كونه من جنسهما ومن غيرهما فلا يجوز في الأوّل.

و إليك مباني الأقوال:

دليل القولين: الحرمة والجواز:

المقصود من الربا في المقام هو الربا المعاوضي لا الربا القرضي. وحاصله: أنّه لا يجوز في معاوضة المتجانسين عرفاً أو المحكوم عليه بالتجانس شرعاً إذا كانا مكيلين أو موزونين، التفاضل مطلقاً إلاّ إذا كان مثلاً بمثل، حتى ولو كان أحدهما صحيحاً والآخر معيباً لا يجوز أخذ الزيادة كالمصوغ من الحلّي مع المكسور، وكذا كلّ موصوف بوصف زائد له مالية فلا يجوز بيعه بالآخر إلاّ مثلاً بمثل، فيقول المحقق: «ويستوي في وجوب التماثل المصوغ والمكسور، وجيّد الجوهر ورديّه وتضافرت الروايات على أنّ علياً ـ عليه السلام ـ يكره أن يستبدل وسقاً من تمر خيبر بوسقين من تمر المدينة لأنّ تمر خيبر أجودهما» [1].

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٥ من أبواب الربا، الحديث ٢.

كما تضافر قولهم -عليهم السلام- في الربويين: ولا يباع (الربويان) إلاّ مثلاً بمثل[١]. وعلى ضوء ذلك فأخذ الارش يستلزم الزيادة في أحد الطرفين وبه استدل العلاّمة في التذكرة، وأوضحه الشيخ الأعظم وقال: إنّ وصف الصحّة في أحد الجنسين كالمعدوم (بقرينة روايات حرمة استبدال التمر الرديّ بالتمر الجيّد) لا يترتب على فقده، استحقاق عوض، ومن المعلوم أنّ الارش عوض وصف الصحّة عرفاً وشرعاً، فالعقد على المتجانسين لا يصير سبباً لاستحقاق أحدهما على الآخر زائداً على ما يساوي الجنس الآخر، هذا كلّه حول القول الأوّل.

أمّا القول الثاني: فوجهه أنّ وصف الصحة لا يقابل بشيء من الثمن، فانّ الثمن يقسّط على الشيء وأجزائه لا على أوصافه، بل لا يقابل بشيء أصلاً ولو من غير الثمن وإلاّ لثبت في ذمّة البائع وإن لم يختر المشتري، بل الصحّة وصف التزمه البائع في المبيع من دون مقابلته بشيء من المال كسائر الصفات المشترطة في المبيع، إلاّ أنّ الشارع جوّز للمشتري مع تبيّن فقده، أخذ ما يخصّه بنسبة المعاوضة من الثمن أو غيره، وهذه غرامة شرعية حكم لها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع هذا، فإذا كان هذا حال غير الربويين، فيظهر حالهما منه.

يلاحظ عليه: عدم تمامية المبنى من عدم تقسيط الثمن إلاّ على الشيء، وأجزائه وعدم تقسيطه على الأوصاف التي توجب غلاء ثمن العين، سواء كانت من أوصاف الصحّة أو من أوصاف الكمال.

والاستدلال عليه: بأنّه لو قوبلت الأوصاف به ثبت الارش في ذمة البائع

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٨ من أبواب الربا، الحديث ٤.

وإن لم يختر المشتري الارش، غير تام، لما قلنا سابقاً من أنّ الثمن في مقابل الجوهر والاعراض، والاجزاء والصفات، لكن لمّالم يكن في فقد الجزء إلاّ طريق واحد وهو بطلان المعاملة بمقدار النقص، صارت ذمّة البائع مشغولة بمقداره بالفعل في زمان العقد، وهذا بخلاف فقد الوصف فانّ هناك طرقاً: الردّ من رأس، القبول مع الاغماض من العيب، والقبول مع الارش ـ فعند ذاك ـ تكون ذمته مشغولة به، بالقوة وبصورة المقتضي، فلو ردّ، أو قبل بلا أرش فهو، وإلاّ يتعين الأرش ويخرج الاشتغال عن القوة إلى الفعل، ويؤثّر المقتضي أثره بعد فقد المانع.

وعلى ضوء ذلك، فلو كان أحد الربويين معيباً، فبما أنّ الشارع ألغى وصف الصحّة فيهما وجعله كالمعدوم، كان أخذ الارش بمنزلة أخذ شيء زائد.

وأمّا الفرق بين كونه من جنسهما أو من غيرهما فليس له أساس صحيح إذ لا شك في أنّ الزيادة الحكمية في أحد الربويين توجب الربا كما إذا اشترط عملاً مع أحدهما فلا تنحصر حرمة الزيادة من جنس العوضين، ففي رواية خالد بن الحجاج «جاء الربا من قبل الشروط» [1] وفي صحيحة عبد الرحمان بن الحجاج: «انّ الناس لم يختلفوا في النسيئ أنّه الربا» [2] هذا حكم الزيادة الحكمية فما ظنّك بالزيادة العينية من غير جنسهما.

أمّا ما ذكره الشيخ في آخر كلامه من أنّ التصديق يتوقّف على دراسة أمرين، فهو كلام متين فنقول:

١ـ ما هو حقيقة الارش ففيه احتمالات:

ألف: انّه غرامة شرعية أو عرفية، و ـ لذا ـ لا يجب أن يسترجع عين الثمن

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ١.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب الصرف، الحديث ١.

ولا يكون من باب شغل الذمّة من حين العقد بل تشتغل بـه ذمّة البائع حين اختياره، هذا خيرة الشيخ الأعظم والسيد الطباطبائي في تعليقته.

ب: ما ذكره الشهيد الثاني في الروضة: أنّه تشتغل به الذمّة من حين العقد وأنّه بمنزلة العوض والتخيير بين أخذه، والعفو عنه، وردّ المبيع لا ينافي ثبوته، غايته التخيير بينه وبين أمر آخر فيكون ثابتاً ثبوتاً تخييرياً.

ج: أن يكون اختيار الارش كاشفاً عن شغل الذمّة من حين العقد فيكون من باب الشرط المتأخّر.

د: أن يكون جزء من الثمن حقيقة قد انفسخ العقد بالنسبة إليه لعدم وصف الصحّة القابل له.

إذا وقفت على المباني فنقول ربّما يقال: إنّ الربا ـ عند أخذ الارش ـ إنّما يلزم على غير القول الأوّل. وأمّا عليه فهو غرامة شرعية أو عرفية أمضاها الشارع فلا صلة له بالعوضين.

يلاحظ عليه: أنّ جعله غرامة شرعية ينافي ما هو المرتكز عند العقلاء حيث إنّه عبارة عن تفاوت قيمتي الصحيح والمعيب، ومعنى ذلك: أنّ الوصف يقابله جزء من الثمن فيتوصل في تعيين ذلك الجزء من الثمن، إلى معرفة قيمتي الصحيح والمعيب ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت. كلّ ذلك يعرب عن أنّ الغاية هو معرفة ما هو المقدار الذي وقع من الثمن في مقابل الوصف حتى يوضع عنه لا أنّه غرامة شرعية لأجل أنّ الرجل لم يف بوعده.

ويؤيّده لسان الروايات حيث تكرّر فيها الردّ من الثمن، أو الوضع عنه عند ظهور العيب ففي صحيحة ابن سنان عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: قال علي

ـعليه السلامـ لا تردّ التـي ليست بحبلى إذا وطأها صـاحبها، ويـوضع عنه مـن ثمنها بقدر عيب إن كان فيها [١] وفي رواية زرارة عن أبي جعفر ـعليه السلامـ قال : كان علي ابن الحسين ـعليه السلامـ لا يردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها، وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها [٢] وفي رواية عبد الرحمان بن أبي عبد الله قال: سمعت أبا عبد الله ـعليه السلامـ ... فوجـد بها عيباً لم يردّهـا وردّ البائع عليه قيمـة العيب [٣] وغير ذلك من الروايات الحاكية عمّـا هو المرتكز لدى العقلاء، من أنّـه ثمن الوصف المتخلّف ولما كان الضمان معـاوضياً لا ضمان يـد، يتوصّل إلى معـرفته، بمعرفـة القيمتين ثمّ الأخذ بنسبتهما من أصل الثمن.

وأمّا الأقوال الأُخر: فالظاهر هـو القول الأوّل على النحو الذي عرفت من كيفيّة ثبوتـه في ذمّة البائع بنحو المقتضي لا على نحو الفعليـة، للفرق الواضح بين تخلّف الجزء والـوصـف، حيث إنّ الاشتغـال بقيمـة الجزء ــ لأجل كـونـه قـابـلاً للتفكيك عـن الأجزاء الأُخـر ـ فعليّ فيبطـل العقد بـالنسبة إليـه دون الـوصف، فيتربّص حتى يختاره المشتري فيعود فعلياً، وإلى ذلك يرجع القول الثالث من كون إختياره كاشفاً عن اشتغاله حين العقد.

فدراسة معنى الأرش أوصلتنا إلى عدم جواز الارش في الربويين.

٢ـ ما هو الربا:

وأمّا دراسة الربا فهو عبارة عن كونه زيادة حين العقد وبجعل المتعاقدين، فعلى القول بـأنّ الارش غرامـة فالقيـدان منتفيان وعلى الأقـوال فالقيـد الثاني أي

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

٢ـ المصدر نفسه، الحديث ٥.

٣ـ المصدر نفسه، الحديث ٦.

«بجعل المتعاقدين» منتف. وبالجملة فهو غير داخل في العوضين وعلى فرض دخوله ليس بجعل المتعاقدين.

يلاحظ عليه: أنّه إن أُريد من كون الارش ليس بجعل المتعاقدين أنّه ليس منه بالحمل الأوّلي، فهو صحيح، حيث إنّ المتبايعين أقدما على المعاملة من دون تصريح بالمقدار الواقع في مقابل الذات، والمقدار الواقع في مقابل الأوصاف،وإن أُريد أنّه ليس كذلك، بالحمل الشائع فهو ممنوع إذ للمعيب قيمة،وللصحيح قيمة أغلى، فالإقدام على البيع بقيمة أغلى في غير مورد الربويين أدلّ دليل على أنّه جُعِلَ في مقابل وصف الصحّة جزء من الثمن وإن كان غير معلوم من حيث المقدار ويتوصّل في معرفة المجهول إلى معرفة القيمتين ثمّ الوضع من الثمن بتفاوت النسبتين.

وعلى ذلك فلا يصحّ أن يقال إنّ الأرش ليس بجعل المتعاقدين.

والحاصل: أنّه إذا وقفنا على أنّ الشارع ألغى وصف الصحّة في الربويين من جانب، ومن جانب آخر علمنا أنّ الارش في مقابل الوصف المتخلّف، فأخذه بأي عنوان كان، يضادّ ما هو المعلوم من حاله، من لزوم كون المعاملة مثلاً بمثل، وعدم اعتبار الوصف.

وبالجملة: انّ الغاء الوصف وأخذ الفائض لا يجتمعان.

الموضع الثاني: إذا لم يوجب العيب نقصاً في القيمة:

إذا كان العيب غير موجب لنقص القيمة، فلا موضوع للارش، لأنّ المفروض أنّ قيمة المعيب ليس بأقلّ من قيمة الصحيح كالسجاجيد

المستعملة قليلاً فإنّ قيمتها في الغرب ليست بأقل من غيرها، ففيها الردّ إن شاء دون الارش .

الموضع الثالث: إذا كان العوضان من النقدين فظهر العيب في أحدهما بعد انقضاء المجلس فعلى القول بأنّ الارش غرامة لا جزء من العوضين، لا مانع من أخذه بعده سواء كان الارش منهما أو من غيرهما، وأمّا على القول بأنّه جزء منهما فاللازم هو التفصيل بين كونه منهما أو من غيرهما فلا يجوز في الأوّل دون الثاني لأنّه حينئذ يكون البيع ممزوجاً من الصرف وغيره وقد حصل القبض بالنسبة إلى ما يلزم فيه التقابض في المجلس، أعني: الصرف، اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ الثابت في الذمّة ـ على الارش ـ هو النقد الغالب، وغيره عوض عنه لا أنّه ارش، وفيه تأمّل يظهر ممّا ذكرنا، في كيفيّة ثبوت الارش في الذمّة.

المواضع التي يسقط فيها الردّ والارش:

قد تعرفت على المواضع التي يسقط فيها الردّ دون الارش، أو العكس، والآن نبحث عن المواضع التي يسقط فيها كلاهما معاً. و إليك البيان:

١ـ العلم بالعيب قبل العقد:

إذا وقف المشتري على العيب قبل العقد يسقط الرد والارش، بلا خلاف أجده لأنّ اقدامه معه رضاً منه به، وظهور أدلّة الخيار في غير الفرض مضافاً إلى مفهوم خبر زرارة[1].

١ـ الجواهر ٢٣/ ٢٣٨.

أقول: إنّ خيـار العيب، ممّـا اتفق عليه العقـلاء، وهو عنـدهم يختصّ بغير صورة العلم، لأنّ العلم به قبل العقد رضا منـه به، فليس هنا أرضية للخيار، حتى يكون العلم بـه مسقطاً له، أو مسقطاً لأثـره مـن الردّ والارش، وإن شئت قلت: العلم مانع مـن حدوث الخيار أو الجهل به شرط لحدوثـه وبذلك يعلم أنّ التعبير بالسقوط توسّع في التعبير،والموضوع هو الجاهل بالعيب وعدم الخيار في مورد العالم أشبه بالسالبة بانتفاء الموضوع.

وأمّا الاستدلال بـرواية زرارة، أعني قوله: «أيّما رجل اشترى شيئـاً وبه عيب وعوار لم يتبرّأ إليـه ولم يبيّـن له مـا حدث فيـه بعد ما قبضـه شيئاً، ثمّ علم بـذلك العوار وبذلك الداء، أنّه يمضي عليه البيع»[1] فلا يخلو عن تأمّل.

أمّا أوّلاً: فانّ الروايـة سيقت لبيان حكم «من أحدث فيه شيئـاً بعد القبض وقبل العلـم» وأنّ حكمـه «أنّـه يمضي عليـه البيع» وعلى ذلـك «فتكـون الجملـة المتقدمة أي «ولم يبيّـن له» مسوقة لتحقق الموضوع، والشرط المحقّق له، يكون خلواً من المفهوم».

وبذلـك يعلم الفرق بين قـوله: «لم يتبرّأ إليه» وقـوله: «ولم يبيّـن لـه» حيث تمسّك الشيخ بـالأوّل دون الثاني مع كـونهما على مساق واحد، وذلك لأنّـه لم يسق لبيان الموضوع بخلاف الثاني.

وثانياً: فانّ ما ذكرناه في بحث المفـاهيم في مورد القيود، يجري في المقام وهو أنّ القيود بلا استثنـاء لا تخلو عن مفهوم إذ لولا المدخليـة لما أتى بها المتكلّم، وأمّا أنـه لـو ارتفعـت ارتفـع الحكم مـن رأس، فـلا دليل عليــه، لاحتمال قيـام قيـد مكانه، وبعبـارة أُخرى العلّيـة محرزة والانحصار غير محرز، ومعـه لا يحكم عليهـا

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٦، الحديث ٢.

بالمفهوم.

هذا فعلى القول بعدم الخيار، لو اشترط المشتري العالم، ثبوت الخيار وأراد منه خيار العيب بأحكامه فهل يصحّ الشرط أو لا ؟ الظاهر لا، لأنّ الشروط كالعهد والنذر ليست بمشرعة فلو كان الخيار مشروعاً في حقّ الجاهل دون العالم، فلا يمكن تسريته إليه أيضاً وهذا هو القانون السائد في جميع العناوين الثانوية، فلا يصحّ جعل الطلاق بيد الزوجة عن طريق الشرط وغيره، وعلى ذلك يكون الشرط فاسداً، ولا يكون مفسداً كما هو الحال في سائر الشروط الفاسدة، إلاّ إذا كان مخلاًّ بأركان العقد، كما في موردين:

١ـ إذا كان على خلاف مقتضى العقد.

٢ـ إذا كان موجباً للجهل بالعوضين.

وأمّا في سوى ذلك، فالمشهور وعليه الشيخ الأعظم ـ كما سيأتي ـ عدم كون الشرط الفاسد مفسداً.

٢ـ تبرّي البائع عن العيوب:

ممّا يسقط به الردّ والارش تبرّي البائع عن العيوب بأن يقال: بعتك هذا بكلّ عيب، أو أنا بريئ من العيوب ظاهرة كانت أو باطنة، معلومة أو غير معلومة. قال الشيخ في الخلاف: إذا باع عبداً أو حيواناً أو غيرهما من المتاع، بالبراءة عن العيوب ،صحّ البيع وبرأ من كلّ عيب ظاهراً كان أو باطناً، علمه أو لم يعلمه وبه قال أبو حنيفة ، وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها: مثل ما قلناه «ثمّ ذكر قولي الشافعي، وذكر قوليه أيضاً في الثياب، ونقل رأي ابن أبي ليلى»، ثمّ استدلّ على صحّة مذهبه باجماع الفرقة وأخبارهم وعموم «المؤمنون عند

شروطهم». [١]

إذا عرفت هذا فاعلم أنّه يقع الكلام تارة في العيوب الموجودة، وأُخرى في المتجدّدة في أيّام الخيار أمّا الأوّل: فالظاهر عدم الفرق بين التبرّي تفصيلاً أو إجمالاً غير أنّ ابن ادريس حكى عن بعض أصحابنا عدم كفاية الثاني، وهو قول الاسكافي[٢].

وقال القاضي: «قد ذكرنا في كتابنا الكامل: أنّه إذا تبرّأ البائع إلى المشتري من جميع العيوب لم يكن له الردّ وكان ذلك كافياً ومغنياً عن ذكر العيوب على التفصيل والذي ذكرناه هاهنا من تبيين العيب للمشتري واطّلاعه عليه على التفصيل أحوط وهو الذي ينبغي أن يكون العمل عليه»[٣].

وتدلّ على الصحّة ـ مضافاً إلى إنصراف دليل الخيار عن مثله، وأنّ التبرّي من العيوب لا يقصر من العلم به، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» ـ رواية زرارة السابقة[٤]، وخبر جعفر بن عيسى[٥] «قال: كتبت إلى أبي الحسن: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي، فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه فإذا اشتراه المشتري و رضيه ولم يبق إلاّ نقد الثمن فربّما زهد، فإذا زهد فيه ادّعى فيه عيوباً وأنّه لم يعلم بها، فيقول المنادي: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة، منها أيصدَّق فلا يجب عليه الثمن، أم لا يصدَّق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن[٦].

١ـ الخلاف ٣/ ١٢٨ـ١٢٩.

٢ـ المختلف : ١٩٣ ، الفصل الحادي عشر في العيوب.

٣ـ المهذب: ١/ ٣٩٢.

٤ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ ومرّت ص ٣٦٦.

٥ـ لم يوثق، وروى عنه محمد بن عيسى العبيدي وهو ثقة على الأقوى.

٦ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٨، من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

ودلالة الروايتين واضحة وتعرب الثانية عن جريان العادة عليه، وإنّما قدّم قول البائع لأنّ المشتري سلّم أنّه نادى، ولكن ادّعى عدم السماع، فادّعى خلاف الظاهر، فقدّم قول من يوافق قوله الظاهر.

وربّما يتوهّم أنّ التبرّي يوجب الغرر، لأنّه إنّما يُقدم إعتماداً على قوله بالصحّة أو سكوته، فإذا صرّح بعدم الضمان للصحّة، يكون البيع غررياً.

يلاحظ عليه: أنّ الرافع للغرر، ليس تصريحه بالصحّة أو سكوته، بل هو أصل الصحّة في الخلقة والصنعة وهو بعد حاكم، لأنّ التبرّي ليس بمعنى الاخبار عن كونه معيباً، بل بمعنى عدم الضمان لو بان كذلك، وما هو الرافع في غير هذا المورد، هو الرافع في المقام غير أنّه كان عليه الضمان في صورة عدم التبرّي بخلاف المقام، وعليه فالأصل، ومشاهدة نفس المشتري، واخبار غير البائع وشهادة القرائن على الصحّة، كلّها رافعة للغرر ولا فرق بين المقام وغيره إلاّ رفع الضمان.

وأمّا التبرّي عن العيوب المتجدّدة في أيّام الخيار فتوهّم كونه من قبيل إسقاط ما لم يجب، قد عرفت النظر فيه، أو كونه من قبيل الاسقاط المعلّق، قد عرفت أنّه ليس في التعليق أيّ اشكال عقلي ولا شرعي إلاّ إذا ثبت بطلانه شرعاً وما يقال من أنّ التبرّي من العيوب المتجدّدة غير متعارف، غير ثابت.

ثمّ إنّ التبرّي من العيب لا معنى له فلابد من صرفه إلى معنى معقول والمعنى الأوّل من المعاني الثلاثة التي ذكرها الشيخ هو الأنسب وهو التبرّي من الضمان لقبول الردّ أو دفع الارش، وبالتالي يسقط حقّ الردّ والارش للمشتري. لا إسقاط الخيار، بجميع آثاره، وعلى كل تقدير فالساقط هو الضمان، أو الردّ والارش، وأمّا سائر أحكام الخيار، كالتلف قبل القبض أو في زمن الخيار فهو باق

على حاله. اللّهمّ إلاّ أن تدلّ قرائن على سقوط الخيار على الاطلاق.

ثمّ إنّ هنا أُموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ والارش بها و إليك البيان:

الأوّل: زوال العيب بعد العقد قبل العلم:

إذا زال العيب الموجود حال العقد قبل العلم به فهناك وجوه وأقوال:

١ـ سقوط الردّ والارش وهو خيرة العلاّمة، و إليه مال السيد الطباطبائي والمحقّق الايرواني في تعليقتهما.

٢ـ سقوط الردّ دون الارش وهو مختار الشيخ الأعظم.

٣ـ عدم سقوطهما كما ذهب إليه السيد الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ وهو الأقوى.

أمّا الأوّل: فهو الظاهر من كلام العلاّمة حيث نزّل المقام بزوال العيب قبل العقد ومن المعلوم أنّ حكم المشبه به هو عدمهما. واستظهره السيد الأُستاذ من كلامه «وسبق العيب لا يوجب خياراً» [1] وسواء أصحّ الاستظهار أم لا فليس له دليل سوى ادّعاء انصراف دليل الردّ والارش عن هذه الصورة بحجة أنّ الحكمة لجعلهما هو كون الصبر على المعيب ضرراً وهو منتف في المقام، والحكم و إن كان غير دائر مدار الحكمة لكنّها تصلح لأن تكون سبباً لانصراف الدليل عن مورد انتفائه أحياناً.

يلاحظ عليه: أن لا وجه للانصراف بعد إطلاق رواية زرارة ومرسلة جميل كما سيوافيك بيانه.

١ـ يحتمل أن يكون الخيار كناية عن حل العقد وامضائه وأمّا الارش فلا صلة له بالخيار.

أمّا الثـاني: أعني: سقوط الردّ دون الارش فمبنـيّ على أنّ موضوع الـردّ، هو المعيب ومع انتفاء العيب لا موضـوع له، ولا يجوز الاستصحاب لانتفاء الموضوع، وأمّـا الارش فيثبـت بنفس العقـد لأجـل فـوات وصف الصحّـة عنـد العقـد فيستصحب حتى يثبت الفراغ.

يلاحظ عليه: أنّه تفكيك غريب مع وحدة الدليل [1] فلو كان الارش قائماً بـالعقد، فـالردّ أيضـاً كذلك و إن كـان الردّ قـائماً بالمبيـع المعيب فالارش مثلـه. وبعبـارة أُخرى: الموضـوع إمّا المتلبس بالعيـب فيسقطان، أو العقـد على المعيب فيثبتان.

أضف إلى ذلـك: أنّه لـو سلّمنا أنّ مـوضوع الـردّ في لسـان الدليل، هـو ردّ المعيب لكنّه لا يكون مانعـاً من استصحاب جواز ردّه إذا زال العيب، لأنّ الميزان في صحّة الاستصحاب، هـو وحدة القضية المشكوكة مع القضيـة المتيقنة، لا بقاء موضوع الـدليل، ويظهر ذلك بتوضيح مثال: إذا ورد الـدليل على أنّ الماء المتغيّـر نجس، ثمّ زال التغيّـر بنفسه، فموضوع الـدليل الاجتهادي و إن كان مرتفعاً لكنّه لا يمنع عن استصحـاب نجاسة الماء، وذلك لأنّـه بعد انطباق الـدليل على الماء المتغيّـر، يصير الموضـوع، للحكم الجزئي هـو ذاك الماء في حالـة التغير، فلـو زال التغيّـر فـالموضوع بـاق والوحـدة بين القـضيتين محفـوظة، فيقـال: كان هـذا الماء نجساً، والأصل بقاؤه. ومثله المقام،فانّ الموضوع في لسان الدليل للردّ، هو المعيب لكن الحكم الكلّي إذا انطبق على العين الخارجية يكون الموضوع للحكم الجزئي هو تلك العين، والمفروض أنّه محفـوظ لأنّ زوال العيب، لم يبدله إلى موضـوع آخر وقد أوضحنا حاله عند البحث عن الاستصحاب التعليقي في علم الأُصول.

١ـ صحيحة زرارة ومرسلة جميل الباب ١٦ من أبواب الخيار الحديث ٢ و٣.

والظاهر هو الوجه الثالث وذلك لأنّه مضافاً إلى أنّ نفس وجود العيب وزواله بعد العقد، يعدُّ نقصاً في المعيب، أنّه مقتضى اطلاق رواية زرارة الدالة على أنّ الموضوع للردّ والارش هو أمران:

١ـ وجود العيب حال العقد.

٢ـ عدم تبرّيه منه وتبيينه له. ومقتضاه ثبوتهما مطلقاً زال العيب أم لا، ولو كان البقاء شرطاً إلى زمان الاعمال كان له التقييد.

ومثلها رواية جميل فقوله: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً» وإن كان ظاهراً في بقاء العيب، لكنّه ظهور بدئي لأنّ الوجدان طريق إلى وجود العيب حال العقد. وانّ تمام الموضوع هو ذاك.

وحاصل الروايتين، كفاية وجود العيب حال العقد، غير أنّ تصرّف المشتري يوجب سقوط الرد دون الارش والمفروض عدمه.

الثاني: التصرّف بعد العلم بالعيب:

إذا تصرّف بعد العلم بالعيب فهل يسقط الرد والارش كما هو خيرة ابن حمزة[1] أو يفصل بين الرد والارش فيسقط الأوّل دون الثاني كما عليه الشيخ الأعظم؟

أقول: قد تقدم في باب «مسقطات الخيار» انّ التصرّف قبل العلم مسقط للرد دون الارش انّما الكلام في التصرّف بعد العلم، ومن المعلوم انّه ليس الكلام في مطلق التصرّف ــ كما مرّ توضيحه في التصرّف قبل العلم ــ بل الكلام في

١ـ الوسيلة/ ٢٥٧.

موردين:

١ـ التصرّف المغيّـر كما في مرسلة جميل.

٢ـ ما يُعدّ انشاءً فعلياً للاسقاط وحاصل ما استدل به ابن حمزة: انّه كاشف عن الرضا بالمبيع بوصف العيب فسقط الردّ. وما دلّ على الارش مختص بالتصرّف قبله فيسقط الارش وتكون النتيجة سقوطهما.

ويرد على الأوّل: أنّـه لو افترصنا انّه دال على الـرضا بالمبيع مـع عيبه فليس دالاً على انّـه راض به مطلقـاً إذ الـرضا بـه يتصـور على وجهين: مجرداً عن الارش ومعه، والرضا بالمطلق ليس دليلاً على الرضا بالمقيد.

ويرد على الثـاني: أنّ تخصيص ما يدل على سقوط الـرد دون الارش، بصورة التصرّف قبل العلم ليس في محلّه، فـانّ مرسلة جميل مطلقة، تـدلّ على سقوط الردّ مع التصرّف دون الارش مطلقـاً كـان التصرّف قبل العلم أو بعـده، ومثله مـا رواه عبد الملك بـن عمير عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ [١] حيث قال: لا تـردّ التي ليست بحبلى إذا وطـأهـا صـاحبهـا، ولـه ارش العيب، ومثلـه مـا رواه محمـد بـن ميسر، فلاحظ [٢].

هـذا مقتضى الصنـاعـة الفقهية وامّـا السيرة العقـلائيـة فربما لا يعـذّرون المتصرّف ويجعلـون التصرّف دليلاً على الـرضا بـا لمبيع المعيب بـلا ارش ـ ومعـه ـ يشكل الاعتماد على الاطلاقات، والله العالم.

وبـذلك يظهر انّـه لـو كان التصرّف في نظـر العرف انشـاءً فعلياً لاسقـاط

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٨.

الارش وقبول المبيع مطلقاً، يسقطان قطعاً وليس الكلام في هذه الصورة وإلاّ لما جاز النزاع ولأجل ذلك جعلنا التصرّف على قسمين، وركّزنا البحث على الأوّل: أي: المغيّر غير الدال على إسقاط الارش.

الثالث: التصرّف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب:

كالعبد الخصيّ، فانّ الارش كان ساقطاً لعدم نقصان قيمته فيسقط الرد بالتصرّف.

استدل على سقوطهما بانّ الصبر على المعيب في مثله لا يُعدّ ضرراً لأنّ التضرّر المالي منتف، والتضرّر من حيث القصد إلى خصوصية مفقودة في العين، مع قطع النظر عن قيمته، قد رضى به المشتري وأقدم عليه بتصرّفه فيه.

يلاحظ عليه: أنّ البحث فيما إذا تصرّف قبل العلم بالعيب وإلاّ فيدخل في القسم الثاني. ومعه كيف يمكن عدّه دليلاً على الرضا بالمعيب الفاقد للخصوصيّة المقصودة.

استدلّ على عدم سقوط الرد بالتصرّف في المقام بأنّ المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرّف فيما إذا أمكن أخذ الارش، وإلاّ فمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرّف كما في غير العيب والتدليس من أسباب الخيار.

يلاحظ عليه: أنّ تخصيص أدلّة سقوط الردّ بالتصرّف بمورد إمكان أخذه، لا وجه له فانّ مقتضى اطلاق مرسلة جميل سقوط الرد مطلقاً سواء أمكن أخذ الارش أو لا. حيث قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن وإن كان الثوب قد قطع أو صبغ يرجع بنقصان العيب» فانّ الظاهر أنّ سقوط

الرد بالتصرّف بالقطع، مطلق غير مقيّد بثبوت الارش، فانّ هنا قضيتين مستقلتين: احداهما: الرد إذا كان الشيء قائماً بعينه، والأُخرى: الرجوع بنقصان العيب إن لم يكن كذلك، فليس مفهوم القضية الأُولى مقيداً بمنطوق القضية الثانية، فالظاهر هو سقوط الرد والارش معاً.

الرابع: حدوث العيب في المعيب الذي لا تنقص قيمته بالعيب:

قد تقدم أنّ من مسقطات الردّ حدوث عيب عند المشتري وهو إمّا أن يحدث قبل القبض، أو يحدث بعده في زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع، كخيار المجلس والحيوان، أو يحدث بعد مضيّ زمان الخيار والمراد من كون العيب الحادث مانعاً عن الرد هو الأخير [1] وعلى ضوء هذا يكون المراد من حدوث العيب هنا هو هذا القسم إذ من المعلوم عدم كونه مانعاً في القسمين الأوّلين لضمان البائع المبيع. والدليل عليه مرسلة جميل لعدم بقاء الشيء بحاله.

وأورد عليه الشيخ بوجوه:

١ـ انّ الصبر على المعيب ضرر على المشتري، فيردّه على البائع مع قيمة النقص الحادث لو كان موجباً للنقص.

٢ـ انّ النص الدال على اشتراط الرد بقيام العين مختص بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالارش.

٣ـ ليست المسألة إجماعية لمخالفة المفيد في أصل المسألة أي كون العيب الحادث مانعاً من الرد في غير هذا المورد أيضاً.

١ـ المتاجر: قسم الخيارات: ٢٥٧، طبعة تبريز.

٤ـ استصحاب جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب.

يلاحظ عليه: أنّ المهم هو الوجه الثاني وهو أيضاً غير تام لأنّ مفهوم قوله: «إن كان الشيء قائماً بعينه رد على صاحبه» غير مقيد بشيء فهو المحكّم من غير فرق بين امكان أخذ الارش وعدمه.

وبذلك ظهر ضعف الوجوه الباقية لأنّ ضرر المشتري معارض بضرر البائع، بالصبر على العيب الحادث خصوصاً إذا كان غير موجب للارش حسب رأي القوم كما في الصفات الكمالية مثل نسيان الكتابة.

وليس الدليل منحصراً بالاجماع حتى يخدش بمخالفة المفيد، ولا موضوع للاستصحاب مع وجود الدليل الاجتهادي. فالسقوط ردّاً وأرشاً هو الأقوى وعليه سيرة العقلاء.

الخامس: إذا حدث العيب أو تصرّف في المعيب الذي لا يجوز أخذ الارش فيه لأجل الربا:

أمّا الأوّل: فيجري فيه ما ذكرناه في حدوث العيب في المعيب الذي لا تنقص قيمته، فقلنا: إنّ المحكم هو مرسلة جميل الدالة على سقوط الرد لأجل عدم بقاء العين بحالها. وأمّا الثاني: فقد عرفت انّ المسقط ليس إلاّ المغيّر للعين وأمّا غيره فلا، اللّهمّ إلاّ أن يكون العمل انشاءً فعلياً في الرضا بالمعيب بلا أرش فيكون مسقطاً للرد، ويكون الارش ساقطاً بمعنى عدم الموضوع له بعد الرضا.

الاستدلال على عدم جواز الرد:

استدل العلاّمة على عدم جواز الردّ باستلزامه الربا، وظاهر كلامه استلزامه الربا في الفسخ لقوله: «لأنّ المردود حينئذ يـزيد على وزن عوضه» ومع هذا احتمل الشيخ الأعظم في كلامه وجهين:

أحدهما: انّه يستلزم الـربا في أصل المعاوضة، والآخر إستلـزامه في الفسخ، وأوضح الوجه الأوّل بكلام لا يخلو عن تعقيد وحاصله: أنّ الردّ مع الارش للعيب الحادث، يكشف عن أنّ وصـف الصحّة مضمون في الـربويات كغيرهـا وإلاّ فلا وجـه لضمان العيب الحادث المزيل لـوصـف الصحّة، فلـو كـان وصف الصحّـة مضموناً يلزم زيادة المثمن على الثمن في أصل المعاملة من حيث المقدار، لأنّه إذا وقع بعض الثمن في مقابل وصف الصحة للمثمن، يكون الباقي في مقابل المثمن وهو أقل وزناً بالنسبة إلى المثمن لخروج بعضه عن كـونه واقعاً في مقابله بوقوعه في مقابل وصف الصحّة.

وأمّا لـزومه عند الفسخ فلـو فرضنا انّـه لم يقابل وصف الصحّـة بشيء عند المعاوضـة لكنّه إذا ضم إلى المثمن شيء عنـد الفسخ وهو الارش يلزم زيـادة أحد العوضين على الآخر.

يلاحظ عليه **أوّلاً:** أنّ ظاهر كلام العلاّمة ـ قدّس سرّه ـ لزوم الربا في الفسخ لا في أصل المعاوضـة لقوله: «لأنّ المردود حينئـذ يزيد على وزن عوضـه» فاحتمال لزومه في أصل المعاوضة مرجوح لا يصار إليه.

وثانياً: انّا نختار كلاً من الشقين ونجيب عن الاشكال، ونقدّم الشق الثاني

في البحث فنقول.

أمّا الشق الثـاني: أي عدم لزومه في الفســخ، فلأنّه إنّما يلزم لـو كان الفسخ معاوضة جديدة بين المتجانسين واحداثاً لملكية جديدة لكل من المتعاملين متغايرة لما كـانت قبـل المعاوضـة فلـو كـان كـذلك تلـزم الـزيادة ولان المفـروض كـونهما متجانسين إمّا موزونين، أو مكيلين.

وأمّا لو كـان الفسخ هو حلّ العقد، وجعله كأن لم يكـن فكما أنّه لو لم يكن هناك أيّ عقد ومعـاوضة كان الجنسان باقيين على ملـك مالكهما الأوّل فهكذا إذا حُلّ العقـد وفُسِخَ فيكـون مثل ما لم يكـن. وتوهّم أنّ تفسير الفسـخ بهذا المعنى، يستلزم اعادة المعدوم بعينه وهي محال، مدفوع بأنّها محال في التكوين دون الاعتبار، فلا اشكال في الحكم بالاعادة إذا ترتّب عليه أثر، فإذا كان كذلك ورجع كل شيء إلى حالـه السابق يجب على المشتري الارش لما تلف تحت يده مـن وصف الصحّة مثل ما لو تلف تحت يده مال الغير. وهـذا الضمان ليس ضماناً معاوضياً بل ضمان يدٍ فلا تشمله أدلّة حرمة الزيادة في المعاوضة.

فإن قلت: إنّ مجرى ضمان اليد، تلف مال الغير بعينـه أو وصفه تحت يده، كا لمقبوض بالسـوم فيضمنه القابض وصفه وعينه بخلاف المقـام فإنّ المفروض أنّه تلف وصف الصحّـة، والعين ملك للمشتري لا للبائع فقيـاس المقام بـا لمقبوض بالسوم قياس مع الفارق.

قلت: إنّ ظرف التلف يباين ظرف الحكـم بالضمان، فانَّ التلف وإن كان في ملك المشتري، لكن الحكم بـه إنّما هو بعد الفسخ، والتلف وإن لم يكن لـه أثر حدوثاً لكن يترتّـب عليه الأثر بقاءً إلى بعد الفسخ، ولما كـان مقتضى الفسخ عود المبيع إلى البائع على ما هو عليه من الأوصاف فلا محيص عن الحكم بالضمان عند

العود أو بعده، لما تلف في يده من غير فرق بين تعلّقه بالوصف أو بالعين، ولأجل ذلك لو فسخ والعين تالفة يحكم بالضمان ولا يعتد بالقول بأنّها تلفت وهي في ملكه. ومثله ما لو فسخ والصحّة تالفة.

هذا كلّه حول الشق الثاني أي: تصوّر الربا عند الفسخ، وأمّا الشق الأوّل أي: القول باستلزامه الربا في أصل المعاوضة، على التقرير الذي عرفته من الشيخ فهو غريب جداً.

لأنّه يكفي في صحّة المعاوضة كون وصف الصحّة غير مقابل بشيء من الثمن، بل كان الثمن في مقابل ذات العين لا هي مع وصف الصحّة. ولكن لمّا كان الصبر على المعيب بالعيب القديم ضرراً على المشتري، وكان إلزام البائع بقبوله بلا أرش ضرر عليه، فلا جرم يحكم بجواز الرد مع الارش أخذاً بقاعدة العدل والانصاف فالحكم بالارش ليس لأجل ضمان وصف الصحّة حين المعاوضة بل لأجل تدارك الضرر المتوجّه على البائع، وعلى ذلك فلا مانع من الرد مع الارش.

ثمّ إنّه نقل عن جماعة من الأصحاب وجه آخر لتدارك الضرر وهو فسخ البيع وفرض المبيع تالفاً لامتناع ردّه أمّا الارش فلاستلزمه الربا، وأمّا بدونه لاستلزامه الضرر، فيدفع مكانه من جنسه معيباً بالعيب السابق وسليماً عن الجديد.

يلاحظ عليه: أنّه كيف يحكم عليه بامتناع الرد، مع أنّه لا مانع من الرد بلا أرش، واستلزامه الضرر على البائع لا يجعله من أقسام ممتنع الرد. كالمغروق في الماء فالظاهر أنّه لا مانع من الردّ مع الارش بلا لزوم الربا مطلقاً في أصل المعاوضة ولا في الفسخ.

السادس: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار:

قد استظهر الشيخ الأعظم من عبارة الغنية سقوط الرد والارش فيما إذا أخّر المشتري الأخذ بمقتضى الخيار، وهذا مبني على كون الخيار فورياً. ونقل عن المبسوط والوسيلة سقوط الرد دون الارش وربّما يحتمل أن تكون عبارة الغنية ناظرة إلى هذا القسم .

وصريح الحدائق ومحكي الكفاية، بقاء الخيار، وقال الأوّل: المعروف من مذهب الأصحاب من غير خلاف يعرف: أنّه إذا علم بالعيب ولم يرد لم يبطل خياره، ولو تطاولت المدة. وجعله في التذكرة أقرب [١].

وجه الأوّل: « أنّ التأخير دليل الرضا» ، لكنّه غير تام صغرى وكبرى، أمّا الصغرى فلأعمّية التأخير عن الرضا وربّما يكون التأخير لأجل التدبّر في عاقبة الأمر وتشخيص المصلحة ولو فرض كونه كاشفاً عنه فهو لا يوجب سقوط الارش إلّا إذا اقترن بالانشاء الفعلي أو القولي، كما هو الحال في الابراء.

وجه الثاني: كونه مقتضى أصالة اللزوم في العقود. خرج عنه حال العثور على العيب.

يلاحظ عليه: أنّه إنّما يرجع إلى عموم العام إذا لم يكن للمخصَّص اطلاق، والمفروض في المقام وجود الاطلاق فيه، فقد جاء في روايتي زرارة ومرسلة جميل، قوله: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن»، وما أفاده الشيخ من كون الروايتين في بيان أصل الخيار في غير محلّه، لأنّهما متعرّضتان لحكم الرد، والارش في موضع عدم الرد، فكيف يصح أن يقال إنّه في مقام الاجمال، بل الظاهر

١ـ الحدائق، ج ٩ ص ١١٧.

أنّ كونه قائماً بحاله تمام الموضوع للرد والارش.

هل يجب اعلام العيب:

إذا باع شيئاً فيه عيب فهل يجب عليه الاعلام؟ فلو لم يبيّن فعل فعلاً محظوراً كما عليه الشيخ الطوسي في المقام. أو لا يجب كما عليه المحقّق في الشرائع، أو يفصل بين العيوب الظاهرة والخفية أو بين التبرّي وغيره، إلى غير ذلك من الأقوال.

قال الشيخ: في الخلاف: من باع شيئاً وبه عيب لم يبيّنه فعل فعلاً محظوراً[1].

وقال المحقّق: إذا أراد بيع المعيب، فالأولى إعلام المشتري بالعيب، أو التبرّي من العيوب مفصلة .لا شك أنّ مقتضى المرؤة هو بيان العيوب الخفية بل الظاهرة إذا كان المشتري غير عارف بالعيب. إنّما الكلام في وجوب البيان، أو حرمة الكتمان مطلقاً أو في صورة كونه خفياً، أو عدم التبرّي وليس هنا دليل صالح لاثبات الوجوب، أو تحريم الترك، سوى كونه غشّاً، لكن الغش خلاف النصح، وهو أمر وجودي لا يصدق إلاّ إذا صدر من المكلّف أمر يوجب ستر الحقيقة، كما إذا مزج اللبن بالماء أو الحنطة به، وأمّا إذا لم يصدر منه شيء وإنّما عرضه على ما هو عليه، ساكتاً عن بيان العيب، فلا يعد غشاً.

نعم ربّما يقال: إنّ كتمان العيب الخفي غش لأنّ اطلاق العقد منصرف إلى السلامة لكنّه غير تام لأنّ الانصراف ليس كالتصريح بالسلامة، فغاية الانصراف ثبوت الخيار عند ظهور الخلاف.

١ـ الخلاف: ٣/ ١٢٥، المسألة ٢١١ من أحكام البيوع.

في أحكام اختلاف المتبايعين

إذا اختلف المتبايعان يقع الكلام تارة في نفس الخيار، وأُخرى في موجبه، وثالثة في مسقطه، ورابعة في إعماله بالفسخ، وقبل الخوض في المقصود نأتي بما ألمعنا إليه سابقاً وهو تعيين ما هو المعتمد في تشخيص المدّعي عن المنكر، فنقول: انّ الفقهاء ـ رضوان الله عليهم ـ ذكروا ضوابط لتشخيصهما وقالوا: المدّعي: من لو تَرَكَ ترك، أو سكت يُسكت الأمر، أو هو من بصدد إثبات قضية.

أقول: إنّ المدّعي والمدّعى عليه الوارد في النص [1] من الموضوعات العرفية التي لا مناص في التعرّف عليها من الرجوع إلى العرف والاعتماد على تشخيصه، فمن حكم عليه العرف بأنّه مدّع والآخر منكر، يؤخذ به كما أنّه لو حكم بكون كل واحد مدّعياً يلحق بباب المتداعيين، فالأولى للقاضي الاستمداد من العرف في تشخيصهما.

ثمّ إنّه ربّما يجعل موافقة الأصل ميزاناً لتشخيص المنكر عن المدّعي، فلو أُريد من الأصل هو أصالة البراءة أو أصالة الصحّة، وأصالة اللزوم فهو يتّحد مع الضابطة السابقة، وأمّا لو أُريد الأعم منها ومطابقة الحالة السابقة فربّما يتفارقان، ويكون المنكر حسب مطابقة قوله الأصل مدّعياً في نظر العرف، كما سيوافيك بيانه في الفروع الآتية، فالصدق العرفي مقدّم على الأصل عند التعارض، فالأولى للفقيه هو جعل العرف مرجعاً سواء أوافق قول المنكر الأصل الحاكم في المسألة أو لا.

١ـ الوسائل: ج١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥.

فإن قلت: فما فائدة الأصل الجاري في المسألة، مع كونه هو الحجّة فلو كانت العين في يد زيد، وادّعاها عمرو، يحكم لزيد حتى يثبت خلافه.

قلت: الأصل هو المحكم في المسألة قبل طرح الخصومة، وليس هو الفاصل لها، بل الفاصل لها هو بينّه المدّعي أو يمين المنكر فأثر الأصل هو ترتيب الأثر عليه في غير مورد الخصومة، وأمّا إذا انتهى الأمر إليها، فلا أثر له، بل يقدّم قول المنكر سواء أكان قوله موافقاً للأصل أم مخالفاً ولا تجُديه موافقة الأصل إلاّ إذا كان ملازماً لكونه منكراً فيتوجّه عليه اليمين فتكون الموافقة مع الأصل، كالحجر في جنب الانسان، نعم لو انصرف المدّعي عن طرح الخصومة، يحكم بكون العين له، أخذاً بمفاد الأصل.

إذا عرفت ذلك فيقع الكلام في مقامات أربع:

المقام الأوّل: الاختلاف في الخيار:

لو اختلفا في وجود الخيار وعدمه فالقول، قول المنكر بيمينه، لأنّ الآخر يدّعي أمراً جديداً ينكره الآخر، وطبع العقد والعهد هو اللزوم، فادّعاء الخيار ادّعاء أمر جديد فلو ترك، تُرِك بخلاف القائل باللزوم فإنّ قوله موافق لطبع العقد، فلو سكت، لم يسكت عنه.

وأمّا تقديم قول المنكر لمطابقة قوله الأصل أي أصالة عدم الخيار، فهو مثبت لأنّ المتيقّن هو عدم الخيار مع انتفاء الموضوع، والمقصود هو عدم الخيار مع وجود الموضوع واستصحاب السالبة بانتفاء الموضوع لغاية إثبات السالبة بانتفاء المحمول من الأُصول المثبتة.

المقام الثاني: الاختلاف في موجب الخيار:

إنّ الاختلاف في موجب الخيار على أقسام ستة نشير إليها:

الأوّل: لو اختلفا في تعيّب المبيع مع كون المبيع مسبوقاً بالصحّة أو مجهول الحال، وتعذّرت ملاحظته لتلف أو نحوه، فالقول قول منكره بيمينه، لأنّ التعيّب على خلاف طبع المبيع، فادّعاء العيب شيء جديد يحتاج إلى دليل.

الثاني: إذا كان المبيع مسبوقاً بالعيب، وادّعى البائع عدمه حين العقد، فبما انّه يُسلِّمُ وجوده قبل العقد فيدّعي زواله يكون مدّعياً والمشتري منكراً عرفاً و إن لم ينطبق عليه التعريف المذكور: من لو ترك ترك، وأمّا جعل المشتري منكراً لمطابقة قوله الأصل فهو منظور فيه لأنّ استصحاب بقاء العيب لا يثبت وقوع العقد على المبيع الذي هو الموضوع للخيار.

الثالث: لو اختلفا في كون شيء عيباً وتعذّر تبيّن الحال لفقدان أهل الخبرة فلا شك أنّ البائع منكر والمشتري مدّع في نظر العرف، ولذا لو ترك ترك، وأمّا الاعتماد في جعل البائع منكراً على الأصلين، أعني:

أ: أصالة عدم كون الحيوان معيباً.

ب: أصالة عدم كون الشيء الموجود عيباً.

فمنظور فيه، لأنّ الأوّل مثبت لأنّ عدم كونه معيباً لا يثبت عدم كون الشيء المتنازع فيه عيباً إلاّ با لملازمة العقلية.

كما أنّ الأصل الثاني أيضاً مثبت، لأنّه لم يكن عيباً عند عدم وجوده، فإذا

وجد يشك في اتصافه بالعيب، فاستصحاب مثله من الأُصول المثبتة أي استصحاب عدم المحمول في ظرف عدم وجود الموضوع واثبات عدمه مع وجود الموضوع.

فالأولى طرح تلك الأُصول والاعتماد على تشخيص العرف.

الرابع: لو اتفقا على كونه عيباً واختلفا في كونه موجباً للنقص أو لا، كان له الرد لاتفاقهما عليه، وأمّا الارش فعلى مدّعيه أي المشتري البيّنة، فيؤخذ بقول المنكر مع يمينه.

الخامس: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخّره عن ذلك كحدوثه بعد القبض وانقضاء الخيار، فانّه لو حدث قبل العقد، أو بعده، وقبل القبض أو بعده، وقبل انقضاء الخيار، فالضمان، على البائع، كما أنّه لو حدث بعد الأخير، فليس عليه شيء وعلى ذلك فالمشتري هو المدعي والبائع هو المنكر.

هذا إذا كان المعتمد هو العرف، وأمّا إذا كان الميزان هو التطابق مع الأصل وعدمه فيحتاج إلى مزيد بيان:

ألف: إذا اختلفا في حدوث العيب قبل العقد وعدمه، فالأصل الجاري المؤيد لقول البائع، هو أصالة عدم كون المبيع معيباً إلى زمان العقد، وهو وإن كان أصلاً أصيلاً لكنّه لا يثبت موضوع الدليل الاجتهادي لأنّ اللزوم من آثار العقد على المبيع الصحيح، أو المبيع غير المعيب بنحو الوصف والتقييد، وكونه صحيحاً إلى ذلك الأوان، يلازم وقوع العقد على الصحيح أو غير المعيب.

فإن قلت: إنّ الباقي تحت العام هو نفس المبيع لا المبيع الصحيح أو المبيع

غير المعيب و إنّما خرج «ما به عيب وعوار ولم يتبرّأ إليه ولم يبيّـن له» [١] فاللازم انّما هو نفـي عنوان المخصّص بـالأصل وهو بـه كافل، لا اثبـات عنوان آخر كـالمبيع الصحيح أو غير المعيب، كما هـو الحال في المرأة المتردّدة بين كونها قرشية وعـدمها فيكفي في الدخول تحت العـام، نفي كونها قرشية ولا يتـوقف على اثبات كونها غير قرشية.

قلت: إنّ الموضـوع حسب الإرادة الاستعماليـة و إن كـان هـو المبيع، لكنّـه حسب الارادة الجديّة مقيـدة بغير عنوان المخصص، ومعنون به فيكـون الموضوع: العقد المتعلّـق بغير المعيب وهو بنحو التقييـد غير محرز، وهذا هـو الحال أيضاً في المرأة المردّدة بين القرشيّـة وعدمها، فانّ البـاقي تحت العام هو: المرأة غير القـرشية ترى الـدم إلى خمسين لا مطلق المرأة و إن كان الموضوع حسـب الارادة الاستعمالية هو نفس المرأة.

ب: إذا اختلفا في حدوث العيب بعد العقـد، وقبل القبض أو بعد القبض وقبل انقضـاء الخيار وعدمـه، واتفقا على وقوع العقـد على الصحيح فالضـابطتان متوافقتـان، لأنّ البائع منكـر عرفـاً وقولـه مطابق لـلأصل غير المثبت، وهـو عدم حدوث العيب بعدَ العقد، إلى انقضـاء خيار المشتري، فانّ الموضوع لعدم الضمان هو العقد على الصحيح غير المعيب إلى انقضاء الخيار ، فهـو يُستصحـب بهذا الوصف، لأنّه عقد عليه وهو صحيح ولم يطرأ عليه عيب فيحكم بالبقاء إلى زمان الانقضاء.

وأمّـا إذا لم تعلم الحالـة السابقـة يكـون الأصل الجاري وهـو أصـالة عـدم

١ـ الوسائل: ج١٢ الباب ١٦، من أبواب الخيار، الحديث ٢.

حدوث العيب إلى زمان القبض أو زمان الانقضاء، مثبتاً بالنسبة إلى موضوع اللزوم وهو العقد على المبيع الصحيح غير المعيب إلى زمان الانقضاء إذ هو بهذا العنوان لم يكن متحققاً حتى يستصحب.

هذا كلّه إذا لم يدّع البائع شيئاً وإلاّ فلو ادّعى حدوثه بعد الانقضاء يكونان متداعيين، لأنّ كلاًّ منهما يدّعي موضوعاً ذا أثر شرعي، ولا يثبت بالأصل تأخر العيب كما هو مدّعى البائع، غاية الأمر يثبت عدم موضوع للخيار لكنّه غير مدّعى البائع أعني تأخر العيب.

ولعلّ المروي عن ابن الجنيد من «انّه إذا ادّعى البائع حدوث العيب عند المشتري، حلف المشتري إن كان منكراً»، لأجل كون البائع مدّعياً عندئذ وإن وجّهه الشيخ الأعظم بوجه آخر وهو تقديم قوله: لأجل أصالة عدم تسليم البائع العين إلى المشتري على الوجه المقصود، أو أصالة عدم إستحقاقه الثمن كلاًّ، أو أصالة عدم لزوم العقد، نظير ما إذا ادّعى البائع تغيّر العين عند المشتري، مع إنكار المشتري له.

يلاحظ عليه: أنّ هذه الأُصول ـ مضافاً إلى عدم معهوديّتها في زمن ابن الجنيد ـ كلّها أُصول مثبتة، والحالة السابقة هو العدم المحمولي الذي يجتمع مع عدم الموضوع، والحالة المشكوكة هي العدم الرابط، الذي لا ينفك عن وجود الموضوع، مثلاً انّ المتيقن من عدم تسليم البائع هو عدم تسليمه لأجل عدم وجود العقد والبيع، بل لعدم وجود البائع والمشتري، وبقاء ذلك العدم المحمولي بعد تحقق أصل التسليم يستلزم بقاءه في ضمن العدم الرابط وهو التسليم على غير الوجه المقصود وهو مثبت.

ومثله الأصل الثاني: لأنّ المتيقن عدم استحقاقه للثمن كلاً لأجل عدم

العقد، وعدم الاستحقاق من رأس وعدم تعنون كل ذات من الثمن والمثمن بهما، ففي هذا الظرف لم يكن البائع مستحقاً للثمن كلّه، والمقصود هو ابقاء ذلك العدم بعد العقد وتعنون كل منهما بالثمنية والمثمنية وثبوت أصل الاستحقاق.

ومثله الأصل الثالث، فانّ عدم اللزوم لأجل عدم الموضوع، وهو العقد والمقصود في النهاية هو عدم اللزوم بعد تحقّق الموضوع.

ثمّ إنّ النزاع في التقدّم والتأخّر انّما يسمع إذا لم تكن هناك قرينة حالية دالة على تعيين عروض العيب وإلاّ فيتبع بلا شك.

ثمّ إنّ المنقول عن العلاّمة في التذكرة: «إنّه لو أقام كل من المنكر والمدّعي بيّنة عمل بها، ولو أقاما بيّنة يعمل ببيّنة المدّعي» ولكنّ العمل ببيّنة المنكر مبني على سقوط اليمين عنه بها، وهو مورد اختلاف، وأمّا الثاني فهو موافق للقاعدة لأنّ البيّنة حق المدّعي، كما انّ اليمين حق المنكر، فلا تقاوم بيّنتُه بيّنَة المدّعي، والعجب انّ السيد الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ حمل كلام العلاّمة على تقديم بيّنة المنكر على بيّنة المدّعي [1] ثمّ استشكل عليه وهو غير ظاهر من عبارة العلاّمة، فلاحظ.

كيفية حلف المنكر:

إنّ المتبادر من قوله: «البيّنة للمدّعي واليمين على المدّعى عليه» هو لزوم وحدة مصب الدعوى وردّها فلو ادّعى عليه شيء، وحلف على شيء آخر ربّما

١ـ المتاجر: ٥/ ٩٤.

يجامع الدعوى، لا يكون الحلف فاصلاً للخصومة، والحلف الفاصل هو ما يكون قاطعاً للدعوى ورافضاً لها وتترتب على ذلك أُمور:

١ـ إذا كان البائع واقفاً على حال المبيع، فادّعيَ عليه حدوث العيب قبل البيع، يجب عليه الحلف البتي على عدم التقدم، نعم ليس له إلاّ انكارالتقدم لا ادّعاء تأخره عن العقد وإلاّ ينقلب مدّعياً ويكونان متداعيين.

ثمّ إنّه إذا كان منكراً ليس له الحلف إلاّ على نفي التقدم، وأمّا الحلف على نفي إستحقاق الرد والارش كما عن الشيخ الأعظم فموضع تأمّل، لأنّه ليس ردّاً للدعوى وانّما هو لازم نفي الدعوى. اللّهمّ إلاّ أن يكون اللازم والملزوم في نظر العرف ممّا اختلف لفظه، واتحد معناه.

٢ـ أمّا إذا لم يكن واقفاً على حال المبيع، فهناك احتمالات:

أ ـ الحلف على نفي العلم.

ب ـ الحلف القطعي استناداً إلى الأصل كأصالة عدم التقدم، أو أصالة السلامة.

ج ـ ردّ الحلف على المدّعي.

د ـ القضاء بمجرد النكول من دون ردّ الحلف الى المدّعي.

والأوّل كما ترى، لأنّ الدعوى هو وجود العيب قبل العقد، فلا ينفى إلاّ بالحلف على عدم وجوده قبل العقد لا على نفي العلم، فإنّه يجتمع مع أصل الدعوى، والحلف الفاصل هو ما يكون رداً للدعوى لا جامعاً معها.

وأمّا الثاني: فمثل الأوّل، لأنّ المدّعي يدّعي وجود العيب واقعاً قبل العقد، والحلف استناداً إلى الأصل ينفي العيب ظاهراً لا واقعاً، فلا يكون ردّاً لقول

المدّعي وبالتالي لا يكون فاصلاً للخصومة. والثالث هو المتعيّن، والرابع خلاف الاحتياط.

نعم لو ادّعى المشتري علم البائع بالعيب، فله أن يحلف على عدم علمه وهو خارج عن البحث.

٣ـ إنّ الحلف القطعي يتوقّف على العلم الوجداني أو الطرق الشرعية إلى الواقع، وأمّا الاستناد إلى الأُصول التي ليست طريقاً إلى الواقع فلا يصح أن تكون سنداً للحلف لما عرفت من أنّه يجب أن يكون ردّاً لدعوى المدّعي، والحلف المبني على مفاد الأصل لا يكون ردّاً لها، بل ربّما يكون جامعاً معها.

السادس: لو رد سلعة فأنكر البائع أنّها سلعته فله صورتان لأنّ الاختلاف فيها تارة يكون مع الاختلاف في أصل الخيار، وأُخرى مع الاتفاق عليه. وإليك حكم كلتيهما:

الأُولى: إذا اختلفا في السلعة مع الاختلاف في أصل الخيار، فعلى ما ذكرنا من أنّ المرجع في التشخيص هو العرف، فالقول قول البائع مع يمينه، بشرط أن يقف على حد الانكار، ولا يتعدّى عنه إلى ادّعاء أنّ سلعته ذاك مثلاً وإلاّ فيصيران متداعيين. وأمّا دعم قول البائع بالأُصول التالية:

١ـ عدم كونها سلعته. ٢ـ أصالة عدم تعلّق العقد بها. ٣ـ أصالة عدم وقوع هذه السلعة الشخصية مورداً للبيع. ٤ـ أصالة عدم حق للمشتري على البائع. ٥ـ أصالة عدم الخيار له.

فالكل أُصول غير أصلية، وذلك لأنّ مرجع النزاع في كونها سلعته أو لا، هو

وقوعها مثمناً عند إجراء العقد وعدمه والمتيقّن منها هو العدم المحمولي أي لم يكن عقد. ولم تكـن هذه سلعته، والمقصود إبقاؤها بنحو العـدم الرابط أي أنّـه باع ولم يكن هذا الشيء سلعته، وهو بهذا المعنى فاقد للحالة السابقة.

ومنه يظهر الحال في الثاني أي أصالـة عدم تعلّق العقد بها فإنّ المتيقّن عدم كونها متعلّقاً للعقـد باعتبار عدمـه والمقصود اثبات صدور العقد مـع عدم كونها متعلّقةً لـه، وهي بهذا المعنى فـاقدة للحـالة السـابقة، ومنـه يظهر حـال الأصل الثالث ولا نطيل الكلام بتوضيحه.

وأمّا الرابع فالمراد من الحق، هو الخيار، ولم يكن للمشتري حق باعتبار عدم الموضوع له أعنـي العقد والمقصود فعلاً عـدمه بعد تحقّق الموضوع وصـدور العقد من الطرفين وبه يظهر حال الخامس فتدبّر.

والشيخ الأعظم هو المعلّم الأوّل لتمييز الزائف من الأُصول عن الصحيح ولكنّه ـ قدّس سرّه ـ قد اعتمد عليها.

الثانية: إذا اختلفا في السلعة مـع الاتفاق على الخيار، أمّا الخيار فـلا يتوقّف أعمالـه على شيء في غير خيار العيب فـإنّ التلف لا يستلـزم سقوطـه، وأمّا خيـار العيب فانّ التلف وإن كان مسقطاً له إلاّ أنّـه لم يثبت التلف، نعم يتوقّف ترتيب الأثر عليـه، على ثبوت عدمه، وأمّـا مسألة السلعـة فالمختار في هذه الصـورة هو المختار في الصورة الأُولى حرفاً بحرف.

نعم نقل عن الفخر تقديم قول المشتري في جانب السلعة لأنّه بعد الاتفاق على الخيـار، يكـون الاختـلاف في مـوضعين: **«الأوّل»** : خيانة المشتري فيـدّعيها

البائع بتغيّر السلعة والمشتري ينكرها، «الثاني» : سقوط حق الخيار الثابت للمشتري (بالتلف) فالبائع يدّعيه والمشتري ينكره.

وأورد الشيخ على الأوّل، بأنّه لو قدّم قول المشتري لأجل أصالة الصحّة الدالّة على عدم الخيانة يلزم تقديم قوله في الصورة الأُولى أيضاً، إذ في انكار البائع فيها أيضاً ادعاء خيانة على المشتري. وأورد على الثاني بأنّه إنّما ينفع في خيار العيب الساقط بالتلف لأنّه قائم بالعين دون سائر الخيارات القائمة بالعقد على أنّ أصالة عدم سقوط الخيار، لا يُثبتُ إلاّ ثبوت الخيار لا وجوب قبول هذه السلعة إلاّ من جهة التلازم الواقع بينهما.

ويمكن أن يورد عليه أيضاً: إنّ انكار السلعة إنّما يكون ملازماً لادعاء الخيانة إذا سلم البائع أنّها سلعته، وادّعى أنّها تغيّرت عند المشتري وهذا بخلاف ما إذا اتّهمه بالاشتباه وأنّها ليست سلعته من رأس.

وبذلك يظهر النظر في الوجه الثاني، فإنّ إنكار السلعة إنّما يكون ملازماً لسقوط الخيار، إذا ادّعى أنّها تغيّرت عند المشتري، لا ما إذا أنكر كونها سلعته من رأس فإنّه لا يلازم سقوط الخيار.

المقام الثالث: الاختلاف في المسقط:

إذا اختلفا في مسقط الخيار فله صور:

١ـ لو اختلفا في علم المشتري بالعيب وعدمه يقدم قول منكر العلم ـ وهو المشتري ـ بيمينه لأنّه المنكر عرفاً.

وذهب السيد الطباطبائي إلى تقديمه من باب قاعدة المقتضى والمانع إذا كان مسبوقاً بالجهل وقال: العلم مانع وبأصالة عدمه يعمل المقتضى عمله، كما لو شك في المسقط بعد ثبوت الخيار حيث يبنى على عدمه أو شك في الحدث عند اشتغاله بالوضوء، هذا إذا كان مسبوقاً بالجهل، وأمّا إذا كان عالماً بالعلم وشك في زوال علمه حين العقد وعدمه فالأصل بقاءه ولا خيار [1].

وأورد عليه سيّدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ فإنّه إنّما يتم لو كان ترتّب المقتضى (بالفتح) على المقتضي شرعياً كما إذا قال: أكرم العالم غير الفاسق، فلو أحرز العلم بالوجدان، وعدم اتصافه بالفسق، يحكم بوجوب الاكرام لأنّ ترتّب وجوبه على الموضوع (العالم) شرعي بخلاف المقام، فإنّ المقتضي والمانع وإن كان شرعيين لكن الحكم بالمقتضي عند وجود المقتضي عقلي [2].

يلاحظ عليه: أنّ الفرق بين المثال والممثل غير واضح والظاهر اكتمال الأركان فإنّ المقتضي والمانع شرعيان، بمعنى أنّ الشارع جعل العيب الواقعي مقتضياً، وجعل علم المشتري مانعاً عن تأثيره ـ حسب رواية زرارة الماضية ـ

١ـ التعليقة: ٢/ ٩٤.

٢ـ المتاجر، قسم الخيار: ٥/ ١٠٥.

وجعل الخيـار، أثراً لهذا المقتضي، ورتّبـه عليـه في لسان الـدليل وقـال: «أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار، لم يتبرّأ إليه ولم يبيّـن له ...» فإنّ قوله: «ولم يبيّـن له» كناية عن عـدم علمه بالعيب، لأنّه هو الطريق الغـالب للعلم ولأجل ذلك ذكره بالخصوص [1].

٢ـ لـو اختلفا في زوالـه قبل علم المشتري أو بعـده بناءً على أنّ الـزوال قبل العلم، يسقـط الارش والرد وبعـده لا يسقط، وإلاّ لا أثـر للنزاع ويحكـم بالخيـار بلا حـاجة إلى فصل الخصـومة، وبما أنّ الميـزان لتشخيص المدّعي عن المنكـر هو مصبُّ الدعـوى لا ما يترتب عليه (أعني: الخيار) يقـدّم قول المشتري، لأنّ البائع يدّعي زواله قبـل علمه بالعيب والمشتري ينكره، نعم لـو ادّعى المشتري زواله بعد علمه بالعيب يكون مدّعياً ويدخل في باب التداعي. ولو كان الميزان هو ما يترتّب عليه كان البائع هو المنكر، لأنّه ينكر الخيار والمشتري يثبته، وقد عرفت الحق. وبما ذكرنا ظهر الخلط في كلام الشيخ، حيث خلـط المقام بمسألة التداعي حيث قال: «ففي تقديم مدّعي البقاء فيثبت الخيار لأصـالة بقائه وعدم زواله المسقط للخيار، أو تقديم مدّعي عدم ثبوت الخيار ...».

يلاحظ عليه بأمرين:

الأوّل: أنّ الكلام مـركّز على إنكار المشتري، لا على ادّعـائه بقاء العيب إلى زمان علمه وزواله بعده وإلاّ فيصير مدّعياً.

الثاني: أنّ الميـزان في التشخيص هـو مصب الـدعوى لا مـا يترتّب عليـه، فأصالة عدم الخيار لا صلة لها بالمقام.

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٦، من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٣ـ لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد وزوال أحد العيبين، في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون هناك خيار، أو الحادث حتى يثبت الخيار، فهنا صور يختلف حكمها حسب اختلاف كون البائع أو المشتري مدّعياً أو منكراً أو متداعيين.

فلو ادّعى البائع زوال العيب القديم، وأنكر المشتري فقط بلا ادعاء شيء ما، كان القول قول المنكر بيمينه، وتؤيّده أصالة بقاء العيب وعدم زواله إلى زمان الدفع أي علم المشتري بالعيب.

ولو ادّعى المشتري زوال العيب الحادث وأنكر البائع فالقول قول المنكر بيمينه وتؤيّده أصالة بقاء العيب الحادث وعدم زواله إلى وقت النزاع.

ولو ادّعى الأوّل زوال العيب القديم، والآخر زوال العيب الحادث يكونان متداعيين ويتحالفان وبعده يلزمان بالتصالح أو القرعة.

٤ـ لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه [1]، فلو ادّعى البائع حدوثه عند المشتري ـ على وجه يكون هو الضامن كما لو حدث بعد الانقضاء ـ فالقول قول المشتري بيمينه، ولو ادّعى المشتري حدوثه عند البائع على وجه يكون هو الضامن للعيب، يكون القول قول البائع بيمينه، ولو ادّعى كل حدوثه عند الآخر، يكونان متداعيين فعليهما التحالف.

وممّا ذكرنا يظهر الخلط في كلام الشهيد وغيره حيث قال في الدروس: فلو ادّعى البائع حدوثه عند المشتري والمشتري سبقه فهو كالعيب المنفرد يعني أنّه يحلف البائع لأصالة عدم السبق كما لو لم يكن سوى هذا العيب واختلفا في

١ـ وسيوافيك ص ٤٠٩ أنّ الشيخ ذكر هذا الفرع مرّتين.

السبق والتأخر.

يلاحظ عليه أوّلاً: أنّ ما فرضه أشبه بالمتداعيين، أضف إليه ما أورده الشيخ عليه، وتوضيحه: أنّ البحث ليس في وجود الخيار وعدمه، بل الخيار مسلّم، وإنّما الكلام في المسقط، وهوعبارة عن حدوث العيب الجديد عند المشتري بعد انقضاء الخيار، وأصالة عدم التقدّم إلى هذا الحد لا تثبت الحدوث عنده [١].

وأمّا إذا اختلفا في الزيادة فلو ادّعى البائع زيادة العيب وأنكرها المشتري فالقول قول المنكر بيمينه وأمّا إذا اتفقا على أصل الزيادة واختلفا في زمان حدوثه، فحكمه حكم العيب الجديد ولا نعيد.

٥ـ لو اختلفا في البراءة فادّعاها البائع وأنكرها المشتري فالقول قول المنكر بيمينه، وأمّا تقديم قول البائع بمطابقته لأصالة اللزوم ففيه ما ذكر سابقاً من أنّها المحكّم إلى حد فصل الخصومة، فإذا انتهى الأمر إليه يؤخذ بقول المنكر بيمينه إلاّ أن يقيم المدّعي البيّنة، ولو انصرف المدّعي عن الحكم والقضاء يكون الأصل السابق هو المحكّم أيضاً.

نعم ربّما يظهر من مكاتبة الصفار خلاف ما ذكر وأنّه يؤخذ بقول البائع، روي عن محمد بن عيسى بن عبيد عن جعفر بن عيسى قال: كتبت إلى أبي الحسن ـعليه السلامـ : جعلت فداك المتاع يُباع فيمن يزيد، فينادى عليه المنادي، فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلاّ نقد الثمن فربّما زهد، فإذا زهد فيه، ادّعى فيه عيوباً وأنّه لم يعلم بها، فيقول المنادي: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها، أيصدّق فلا يجب عليه الثمن، أم

١ـ الخيارات: ٢٦٤ ط تبريز.

لا يصدّق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن [1].

وقد اختلفت كلماتهم فيها فمن رادٍّ للخبر لمخالفته القواعد، إلى مؤوّل بأنّ مساق الخبر هو أنّ إنكار المشتري إنّما وقع مدالسة لعدم رغبته في المبيع وإلاّ فهو عالم بتبرّئ البائع، والإمام ألزمه بالثمن من هذه الجهة، إلى قائل بتقديم قول البائع، لكونه المنكر الذي يوافق قوله الظاهر، لجريان العادة على سماع كلام الدلال عند النداء فادّعاء عدمه، ادّعاء على خلاف الظاهر.

ويمكن أن يقال: إنّ المورد يشتمل على خصوصية جعلت البائع منكراً والمشتري مدّعياً، وهو أنّ المتبادر من قوله: «لم أسمع البراءة ...» أنّه مسلِّم تبرّي البائع، ولكن ادّعى عدم سماعها، ففي مثله يعد المشتري مدّعياً، ويؤخذ بقول المنكر بيمينه. وهذا غير النزاع في التبرّي وعدمه من دون إقتران بهذه الخصوصية فانّ المتّبع فيه قول المشتري إلاّ أن يقيم الآخر البيّنة.

وأمّا الاشكال على الرواية بعدم وقوع البراءة في ضمن العقد فقد كفانا من الجواب ما ذكره الشيخ، ويأتي الكلام عنه عند البحث عن الشروط الابتدائية.

٦ـ لو ادّعى البائع رضا المشتري به بعد العلم، أو إسقاط الخيار، أو تصرّفه فيه، أو حدوث عيب عنده، يقدم قول المنكر بيمينه. وهو المشتري.

ثمّ إنّ ما ذكره الشيخ في المقام من أنّه لو وجد في المعيب، عيب (آخر) اختلفا في حدوثه وقدمه. فهو تكرار لما تقدم منه في قوله: «الثالثة» لو كان عيب مشاهد غير المتّفق عليه ... فلاحظ.

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٨ من أحكام العيوب الحديث ١.

المقام الرابع: الاختلاف في الفسخ:

لو اختلفا في الفسخ فهنا مسائل:

١ـ إذا اختلفا في الفسخ فهنا صورتان:

الأُولى: إذا اختلفا وكان الخيار باقياً، يقدّم قول المنكر (أي البائع كما هو الغالب) ومع ذلك فللمشتري الفسخ لأنّه لا يخلو إمّا أن يكون صادقاً فقد تحقّق الفسخ أو يكون كاذباً فله انشاؤه:

واحتمل الشهيد، كون اقراره بالفسخ إنشاءً له، كما إذا أنكر الطلاق فإنّه إنشاءً للرجوع حسب الروايات [١].

يلاحظ عليه: أنّه إنّما يحمل الاخبار على الإنشاء إذا كان بصدده كما في قوله: أنكحت، وقوله في موضع الرجوع: لم أُطلّق، وأمّا إذا كان بصدد الاخبار جدّاً كما في المقام، لأنّه في مقام الترافع بصدد الإخبار عن الواقع لا الإنشاء، فلا، وأمّا جعله من باب استعمال اللفظ في المعنيين، فإنّما يصح لو لم يكن بينهما تدافع كما في المقام فبما أنّه إخبار عن وقوع الفسخ، لا يبقى مجال لانشائه.

واحتمل الشيخ أن يكون حجية إقراره من باب «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» كما لو أقرّ بطلاق زوجته أو بيع مملوكه أو عتقه، وفي المقام ملك الفسخ جاز الاقرار به.

وهو وإن كان تامّاً لكنّه لا يصير المدّعي منكراً لأجل مطابقة قوله القاعدة بعد ما كان هو في العرف مدّعياً، فالقاعدة متبعة إلى حدّ المرافعة، فإذا انتهى الأمر

١ـ الوسائل: ج ١٥، الباب ١٤ من أبواب أقسام الطلاق.

إليها فا لمرجع قاعدة: «البيّنة على المدعي واليمين على المدّعى عليه».

الثانية: إذا كان النـزاع بعد انقضـاء الخيار، ـ كما لو تلفـت العين في المقام ـ فإنّه في خيـار العيب مانـع عن إعمال الخيار، إذا لم يسبـق عليه الفسخ، فـالقول قول المنكـر، بيمينه. فإن كان عـا لماً بعدم الفسخ، حلف بتّـاً، وإن ادّعى المشتري علم البائع بالفسخ، حلف البائع على عدم العلم، وإن لم يكن واحد من الأمرين فليس له الحلف. ويردّ الحاكـم اليمين على المدّعي، فيقضي به إن حلف. ويحتمل القضاء بمجرّد النكول.

ثمّ إذا لم يثبت الفسخ، بحلـف المنكر (البائع) فهل يثبـت لمدّعي الفسخ، الارش؟ وجهان: لئلاّ يخرج من الحقّين بعد العلم الاجمالي بـأحدهما، فانّ عدم الرد وعدم أخذ الارش مخالف له، أو لا يثبت لاقراره بالفسخ؟ وعلى كلا القولين له أن يأخذ قدر أقل الأمرين [1] من الارش، وما زاد على القيمة (قيمة العين التالفة التي يجب دفعها لأجل التلف على زعم المشتري) على الثمن الذي اشترى به.

٢ـ لو اختلفا في تأخّر الفسخ عن أوّل الوقت. على الفورية فتأتي فيه الصور الثلاثة، فان ادّعى تقدم الفسخ على أوّل وقت مضيّ الخيار، وأنكر الآخر، أو ادّعى الآخـر تـأخّـر الفسـخ عـن أوّل وقت مضيّــه، أو ادّعى كـل السبـق واللحـوق، فيقـدّم قول المنكـر بيمينه إلاّ إذا كـان هناك تـداع فيحلفـان فيجر إلى التصـالح أو القرعة.

وأمّا الأُصـول التي أشـار إليها الشيخ فهـي على فرض صحّتهـا إن وافقت الصدق العرفي، لا حاجة إليها، وإن خالفته فلا تقاومه.

١ـ وما في كلام: ويبقى قدر الارش مستحقا على التقديرين، غير واف با لمراد.

٣ـ لو اتّفقا على زمان الفسخ واختلفا في زمـان العقد، فرجع النزاع إلى كون الفسخ في زمان الخيـار وعدمه، فادّعـاه المشتري أنكره البائع، يقدم قـول البائع، وأمّا تقديـم قول المشتري بأصالة تـأخّر العقد فهو لا يثبت وقـوع الفسخ في زمان الخيار.

٤ـ لـو ادّعى البائع علم المشتري بالخيـار وفوريته وأنكر المشتري، فـالقول قول المنكـر بيمينه إذا لم تدل القـرائن على كذبه كما إذا نشأ بين أقـوام متحضّـرين عارفين بالأحكام.

وأمّا اختصـاص فورية الخيـار بالعالم، فـلأجل حكومة قـاعدة لا ضرر على اطلاق دليله كما في غير هذا المورد.

الكلام في تفسير العيب

إنّ العيب من المفاهيم العرفية التي يقف عليها العرف بصفاء ذهنه، ولا يحتاج إلى التعريف، وقد قال سبحانه حاكياً عن مصاحب موسى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَـٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَآءَهُم مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْباً﴾ (الكهف/ ٧٩) ولا نحتاج في فهم هذه الآية إلى تعريف العيب، وما ذكروه من التعاريف في كتب اللغة وغيرها لا يعطي شيئاً أزيد ممّا يعرفه الانسان العادي من اطلاق تلك اللفظة، ولأجل ذلك أعرضنا عن ذكر ما جاء فيها، وإن أردت أن تعرفه فالأولى أن يقال: إنّ لكل شيء حسب الخلقة، أو حسب الصنعة مقياساً طبيعياً أو صناعياً يشترك فيه أغلب الأفراد فإذا فقد ذلك يعد معيباً، فالخروج عن ذلك المقياس الطبيعي أو العادي في الأُمور الطبيعية والصناعية على وجه يوجب رغبة الناس عنه، موجب للعيب، فخرج ما يوجب كثرة الرغبة كالحدّة في البصر في العبد، والاتقان البالغ في المصنوع، والمختون بين المسلمين.

ثمّ إنّ الشيخ عرّف العيب بأنّه النقص عن مرتبة الصحّة المتوسّطة بينه وبين الكمال وقال: إنّ الصحّة ما تقتضيه أصل الماهية المشتركة بين أفراد الشيء، لو خلّي وطبعه، والعيب والكمال يلحقان له لأمر خارج عنه، ثمّ إنّ مقتضى الحقيقة قد يعرف من الخارج وربّما يستكشف بملاحظة أغلب الأفراد فإنّ وجود صفة في أغلب أفراد الشيء يكشف عن كونها مقتضى الماهية المشتركة بين إفرادها وكون التخلّف في النادر، لعارض.

نعم إذا تعارض مقتضى الخلقة الأصلية، حال أغلب الأفراد التي يستدل بها أيضاً على حال الحقيقة رُجّح الثاني، وحُكِم على الشيء بحقيقة ثانوية وذلك كالمختون فإنّه على خلاف مقتضى الطبيعة، ولكن الرائج بين أغلب الأفراد من المسلمين هو الثاني فلا يعد مثل ذلك عيباً ومثله الثيبوية، فإنّها حقيقة ثانوية في الاماء، ولا تعد عيباً لكون المقياس هو الحقيقة الثانوية.

ثمّ ذكر وجهاً آخر وهو أنّ العبرة بالحقيقة الأصلية، والنقص عنها عيب، وإن كان على طبق الأغلب، إلاّ أنّ حكم العيب لا يثبت مع اطلاق العقد، لأنّ الغلبة مانعة عن انعقاد الاطلاق بل مقتضاها البراءة من ذلك النقص.

يلاحظ عليه: **أوّلاً**: أنّ كل ما ذكره من الوجهين لا يعدو الموجودات الطبيعية، وكأنّ المبيع منحصر بالجمال والبغال والعبيد والاماء، مع أنّه أعم من الطبيعي والصناعي، فهناك آلاف من أنواع المبيع مصنوعة بيد البشر فيه الصحيح والمعيب، فعلى ذلك كان يجب عليه أن يركّز في التعريف على وجه يعم كلا القسمين، على نحو ما مرّ من أنّ لكلّ فرد من نوع طبيعي أو صناعي، مقياساً في عالم الخلقة والصناعة، يعدُّ التنزّل عنه عيباً والتعالي عنه مزية.

وثانياً: أنّه لا يمكن عدّ كل ما كان على خلاف مقتضى الخلقة الطبيعية عيباً، وإنّما يكون عيباً إذا كان سبباً لرغبة الناس عنه، كالثيبوية، لا لرغبتهم إليه، كالختان بين المسلمين، فإنّ غير المختون معرّض للخطر، فكيف يعد الختان عيباً؟

وعلى كل تقدير فالحق ما عرفت من أنّ العيب من المفاهيم العرفيّة التي تنطبق على مصاديقها عند العرف بسهولة ولا يحتاج إلى ضابطة دقيقة في جميع الموارد.

نعم ربّما يمكن أن يشك في كون شيء عيباً أو لا وهو لا ينافي كونه من

المفاهيم الواضحة، فربّما يتردّد الانسان في ماء، أنّه مطلق أو مضاف، أو في عنصر انّه من الأرض أو لا. وقد وضع المعنيّون لأمر التجارة والصناعة مقياساً للأمتعة الصناعية يعبّر عنه بـ «استاندارد» فيعد التنزّل عنه عيباً والتعالي عنه مزية. ولأجل ذلك ربّما يردّون كثيراً من الأمتعة المستوردة أو الصادرة لأجل عدم انطباق المقياس عليها. و ـ مع ذلك ـ ربّما يطرأ الشك على كونه واجداً للملاك أو لا.

هل يعتبر في صدق العيب النقص المالي ؟

إذا كان الضابط في صدق العيب هو الخروج عن المقياس الطبيعي أو الصناعي فيكون الموضوع هو النزول عن ذلك المقياس سواء أكان موجباً للنقص المالي أم لا، ولأجل ذلك يعد العبد الخصي معيباً وإن كانت تساوي قيمته قيمة غير الخصي، لأنّ المقياس هو ظهور المبيع على خلاف ما يتوقّع من نوعه غالباً، فإنّ المترقّب من نوع العبد كونه غير خصيّ قادراً على العمل، فكونه فاقداً لتلك الخاصة يعد عيباً وإن كان ربّما يشترى بأغلى من غير الخصي، وعلى ذلك فيكون للمشتري خيار العيب، ومثله في الأُمور الصناعية ما إذا ظهر السجاد المبيع خلِقاً يعد معيباً وإن كان ربّما يشترى في بلاد الغرب بما يساوي كونه جديداً.

وبذلك يظهر النظر فيما أفاده الشيخ من «أنّ المناط في العيب هو النقص المالي فالنقص الخلقي غير الموجب للنقص المالي كالخصاء ونحوه ليس عيباً، إلاّ أنّ الغالب في أفراد الحيوان لما كان عدمه كان اطلاق العبد منزلاً على اقدام المشتري على الشراء مع عدم هذا النقص، فتكون السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط في العقد ولا يوجب تخلّفه إلاّ خيار تخلّف الشرط».

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان العيب مفهوماً عرفياً يلاحظ الشيء حسب

المقياس الذي عرفه الانسان من السنّة الالهية أو الأنظمة الوضعية، فإذا تخلّف عنه تخلّفاً موجباً للرغبة عنه يعد عيباً. واقبال بعض الأغنياء على شراء ذلك المعيب لغرض خاص لا يخرجه عن كونه معيباً.

ثمّ إنّه ربّما يستدل لما ذكرنا من دوران صدق العيب مدار خروجه عن المجرى الطبيعي مطلقاً سواء أكان موجباً للنقص المالي أم لا بما في مرسلة السياري الحاكية لقصة ابن أبي ليلى وقد نقل الشيخ الحديث [١] وكيفية الاستدلال واستشكل عليه بوجوه، وبما أنّا في غنى عن الاستدلال بالمرسلة، لكفاية الصدق العرفي في الحكم على مثله عيباً سواء أكان هناك نقص مالي أو لا، نعطف عنان البحث إلى موضوع آخر وهو:

أنّ توصيف المبيع أو أجزائه بالعيب يختلف حسب الموارد، فكما أنّ الغبن يختلف حسب الموارد، فربّما يغتفر الغبن في موضوع ولا يغتفر في موضوع آخر، بل ربّما لا يصدق عليه الغبن فكذلك العيب، فمن اشترى باباً لبيته وكان في نافذة من نوافذه كسر يعد ذلك عيباً، وهذا بخلاف ما إذا اشترى داراً تشتمل على مثل ذلك الباب، فعلى الفقيه التركيز على الأُمور العرفية أو العقلائية في ذلك الباب إلاّ ما ورد ردع عنه، ولعل في ما ذكرنا حول ماهيّة العيب غنى وكفاية فلنبحث عن الارش وأحكامه.

١ـ الخيارات: ٢٦٦ و لاحظ الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

الفصل التاسع

تفسير الأرش

- ❑ الأرش جزء الثمن المردود.
- ❑أداء الأرش بجنس الثمن أو النقد الغالب.
- ❑ حكم الأرش في الربوي والصرف.
- ❑ الأرش المستوعب للثمن.
- ❑ الطريق إلى معرفة القيمة.
- ❑ في تعارض المقوّمين.

تفسير الارش

قد ورد في غير واحد من الروايات لفظ «الارش» [1] وهو في اللغة على ما في اللسان: «النزاع» ويطلق على ديـة الجراحات ما ليس له قـدر معلوم، وعلى الذي يأخذه المشتري من البائع إذا اطّلع على عيب المبيع، وسمّي أرشاً لأنّه من أسباب النزاع. وعلى ذلك فهو من باب اطلاق المسبّب على السبب.

وقال أيضاً: الارش الخدش، ثمّ قيل لما يؤخذ ديـةً له. وعليه يكون من باب اطلاق السبـب على المسبّب، وفي الصحاح: إنّـه دية الجراحات مـن غير تقييد بما ليس له قدر معلـوم، وفي القاموس: إنّه مطلق الديـة، وفي مصطلح الفقهاء عبارة عن مال يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون في مال أو بدن ولم يقدّر له في الشرع مقدّر. وعلى كل تقدير فلا يطلق إلاّ إذا كان هناك ضمان للتالف.

ثمّ إنّ الضمان على قسمين: ضمان اليد والاتلاف، وضمان المعاوضة.

أمّا الأوّل: فهـو كالمغصـوب والمستـام إذا تلف. وفي مثلـه يكـون التـالف مضموناً بقيمته السوقية سواء أكان التالف ذات الشيء أم وصفه لأنّ التلف صار سبباً لتضرّر المالك بما يعادل قيمته السوقية، فلا يتدارك إلاّ باشترائه بنفس القيمة، وهناك يكون ضمان الجزء أو الوصف تابعاً لضمان الكل فلو عاب في يد الغاصب

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أحكام العيوب.

أو المستام يجب تداركه بالقيمة السوقية.

وأمّا الثاني: أعني ضمان المعاوضة، وهو ما يكون الضمان في مقابل العوض الذي يدفعه أحد المتعاملين إلى الآخر، نظير ضمان البائع للمشتري، فهو يضمن أن يُسلِّم المبيع بعامّة أجزائه وخصوصياته وصفاته في مقابل العوض الذي يأخذه منه، فلو تخلّف لا يستحق المشتري عليه إلاّ استرداد ما يقابله من الثمن وذلك لأنّ الضرر المتوجّه من ناحية البائع إلى المشتري، لا يتجاوز عمّا أخذه من العوض في مقابل المبيع فلا يحكم إلاّ بتأدية ما أخذه ولم يسلِّمه عوضه، وهو ليس إلاّ ما يخصّه من العوض، وبعبارة أُخرى: انّ البائع لم يُقدِم على الضمان، ولم يقبله المشتري إلاّ في هذا الأطار، ولم يكن هناك أيّ تضامن وتعاهد بالنسبة إلى القيمة السوقية.

والضابطة الكلية في تشخيص أحد الضمانين عن الآخر هو أنّه يجب أن يلاحظ مقدار الضرر الذي أورده أحد الطرفين على الآخر، ففي القسم الأوّل أتلف ماله، أو عابه فيجب أن يخرج عن عهدته على وجه يعد تداركاً لما أضرّه به ولا يتدارك إلاّ ببذل القيمة السوقية.

وأمّا القسم الثاني فالضرر الذي أورده البائع على المشتري هو أنّه أخذ ما يخصّه (الوصف المفقود) من الثمن ولم يسلّمه فلا يتدارك إلاّ بردّ ما قابله، وأمّا رد القيمة السوقية فلم يأخذها حتى يردّها.

وبذلك يفترق طريق تعيين الخسارة، ففي الأوّل إذا عاب الشيء في يد المتلف، يُقوّم صحيحاً ومعيباً ويدفع تفاوت ما بينهما إلى المالك، وأمّا الثاني فيضاف إلى العمل السابق عمل آخر وهو أنّه يؤخذ من الثمن مقدار نسبة المعيب إلى الصحيح، فلو كانت قيمة المبيع الصحيح مائة والمعيب خمسة وسبعين وباعه

بثمانين، فبان معيباً يردّ من الثمن بتلك النسبة أي ربعه.

وبـذلك يظهـر أنّ الضمان المعاوضي ضمان مطـابـق للقاعـدة، ولـو حكم بضمان القيمة الواقعية فهو على خلاف القـاعدة، لأنّ المقياس جبر الضرر المتوجّه إلى المشتري من جـانب البـائع، وهـو ليس إلاّ مـا يخصّـه من الثمن، لا التفـاوت الموجود بين صحيحـه ومعيبه، وبـذلك تختلف كيفيـة الخروج في المقام عـن كيفية الخروج في المقام الآخر.

هذا هـو مقتضى القـاعدة وعليـه بناء العقـلاء ولا يرون البـائع مسؤولاً إلاّ بدفع ما أخذه في مقابل الوصف المعدوم لا قيمته السوقية.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظـم ذكر أنّ ظاهـر كلام القدمـاء كأكثر النصوص يـوهم ارادة قيمة العيب.

أقول: أمّا كلمات القدمـاء فيحتاج القضاء فيه إلى مراجعـة نصوصهم وأمّا الروايات فهي على أقسام ثلاث:

ألف: مجمل لا ظهور له في أحد الرأيين مثل:

١ـ وله ارش العيب. وقد ورد في روايتين [١].

ب: ظاهـر فيما يدعيه المشهـور من ضمانه بما يخصُّه مـن الثمن، لا ضمانه بقيمته الواقعية، مثل:

٢ـ ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها [٢].

٣ـ وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها [٣].

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧، و الباب ٥، الحديث ٣.
٢ و ٣ ـ المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ و ٥.

٤ـ ويـردّ عليه بقـدر ما نقص من ذلك الـداء والعيب من ثمن ذلـك لو لم يكن به [١].

والمتبادر من هذه الـروايات خصوصاً الأخيرة أنّه يـردّ، ما أورد به من الضرر وليس ما أورد إلاّ ما أخذه في مقابله، لا قيمته الواقعية.

ج: ما هو ظاهر في ضمانه بالقيمة الواقعية مثل:

٥ـ تُقوّم وهـي صحيحة، وتقوّم وبها داء ثم يردّ البائع على المبتـاع فضل ما بين الصحّة والداء [٢].

٦ـ ولكن تُقوّم ما بين العيب والصحّة فيردّ على المبتاع [٣].

٧ـ وردّ البائع عليه قيمة العيب [٤].

٨ـ ولكن يرجع بقيمة العيب [٥].

ثمّ إنّ الشيـخ حمل الـروايـات الأخيرة على صـورة مسـاواة الثمن، للقيمـة السوقية للمبيع بقـرينة ما فيها من أنّ البائع يردّ على المشتري وظـاهره كون المردود شيئاً من الثمن الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه.

ولا يخفى أنّه ليست عليه قرينة، إذ هـو أيضاً قابل للحمل على الغـالب من زيادة الثمن على الارش، فلا يكون دليلاً على كون المراد ما يخصّه من الثمن ثمّ إنّ هنا اشكالاً أو اشكالين: وهما:

١ـ الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٢ و ٣ و٤ ـ المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢، ٤، ٦.

٥ـ المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٨.

إذا كان الثمن لا يقسَّط على الوصف فما معنى الارش؟!

١ـ قد تكرر من الشيخ الأعظم أنّ الثمن لا يُقسَّط على الأوصاف: الصحّة والكمال، وإنّما يُقسَّط على الأجزاء مع أنّ البحث في المقام مركّز على بيان كيفية الارش أي تعيين ما وقع من الثمن في مقابل الأوصاف، فلو كانت الأوصاف خارجة عن حريم المقابلة، فما معنى البحث عن تعيين ما وقع في مقابلها.

٢ــ انّ لازم ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصُّه من الثمن لا بقيمته، أُمور ثلاثة لم يلتزم بها المشهور:

ألف: إنفساخ العقد في ذلك المقدار لعدم مقابل له حين العقد كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع أنّه لم يقل به أحد.

ب: تعيين دفع الأرش من الثمن لو طالب المشتري مع أنّ ظاهر جماعة عدم تعيّنه منه.

ج:إشتغال ذمّة البائع بالارش من أوّل الأمر.

ثمّ إنّ الشيخ أجاب عن الاشكالين بجواب واحد وهو أنّ مقتضى المعاوضة هو عدم مقابلة وصف الصحّة بشيء من الثمن لأنّه أمر معنوي كسائر الأوصاف وعدم عدّ العيب نقصاً يتدارك بشيء من مقابله.

إلاّ أنّ الدليل دل على ضمان هذا الوصف أو كونه في عهدة البائع فإنّ هذا الوصف كسائر الأوصاف وإن لم يقابله شيء من الثمن، لكن له مدخل في وجود مقدار من الثمن وعدمه، فإذا تعهّده كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهدته باداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله.

يلاحظ عليه: **أوّلاً:** أنّ ما ادعاه من عدم مقابلة وصف الصحّة بشيء وعدم عدّ العيب نقصاً يُتدارك بشيء من مقابلـه: أوّل الكـلام والعقلاء مطبقـون على خلافه.

وثانياً: أنّ صدر كلامه يُعرِب عـن أنّ الارش في المقام على خلاف القاعدة، لكن ذيل كلامه يُعرب عن أنّه بصدد إثبات كونه على وفاقها حيث قال: «لكن له مـدخل في وجود مقـدار من الثمن وعـدمـه فإذا تعهّده كـان للمشتري مطالبتـه بخروجه عن عهدته باداء ما كان يُلاحظ من الثمن لأجله».

وثالثاً: أنّ ما ذكـره لا يعدو عن كون وجـود الوصف داعياً لـزيادة الثمن، وتخلّف الداعي لا يؤثّر شيئاً وذكـره في اللفظ أو إنصراف العقد إليه، لا يوجب إلاّ خيار تخلّف الوصـف أو الشرط وليس فيه إلاّ الردّ، لا خيار العيب الـذي فيه الرد والارش ولو كان مؤثّراً فأيّ فرق بين وصف الصحّة والكمال حيث يقولون بالأرش في الأوّل دون الثاني.

والحاصل أنّ القول بعدم التقسيط مع القول بردّ ما يخصّه من الثمن، أمران متنافيان، لا يمكن الجمع بينهما.

إجابة السيد الطباطبائي عن الاشكال:

ثمّ إنّ للسيد الطباطبائي ـ قدّس سرّه ـ بياناً في تصوير كون أخذ الارش على القاعـدة نذكـره بنصّه: أنّ الارش على طبـق القاعـدة وأنّ مقتضاهـا هو مـا ذكره المشهور من أخـذ التفاوت بنسبة الثمن، وأنّه لا يتعيّــن كونه منه، بمعنـى أنّه لو أعطى من غيره كان نفس الارش، و إن كـان عند المشاحة يتعيّـن النقـد الغالب،

وذلك لأنّ وصف الصحّة كسائر الأوصاف و إن لم يكن مقابلاً بالمال في عالم الانشاء، إلاّ أنّه مقابل به في عالم اللُبّ بمعنى أنّ زيادة بعض الثمن إنّما هي بلحاظ الوصف المذكور، فتمام الثمن في عالم الانشاء جُعِلَ في مقابل نفس العين وليس شيء منه في مقابل الوصف، ولذا لا يرتجع بعض الثمن عند التخلّف، بمعنى أنّه لا يكون من قبيل تبعّض الصفقة، لكن في عالم اللبّ بعض ذلك الثمن الذي جعل في مقابل نفس العين، مقابل للوصف فإذا فرض تخلّفه، وجب على البائع أن يَغرَمَ ما فات من المشتري، وما اغترم في عالم اللب بملاحظة ذلك الوصف، فبالتخلّف لا يلزم الانفساخ، لأنّ الفرض كون تمام الثمن في مقابل العين المفروض وجودها، ولكن لما كان المشتري قد اغترم من جهة ذلك الوصف، وأعطى مالاً مقابلاً له في ذلك العالم، له أن يرجع على البائع وله أن لا يرجع، ولأجل ذلك لا تكون ذمّة البائع مشغولة بالارش من حين العقد، بل تشتغل بعد إختيار المشتري الارش، فتبيّن أنّ ضمان الأرش ليس على حدّ ضمان المعاوضة، ولا على ضمان اليد بل ضمان المعاوضة اللبّية، ولازمه انفساخ تلك المعاوضة، لا المعاوضة الحسّية الانشائية، ومقتضاه جواز تغريمه بما أعطاه من غير مقابل في عالم اللب، وظهر أنّه لا يكون من عين الثمن وأنّه لو أخذ من غيره يكون عين الارش لا بدلاً له [1].

يلاحظ عليه: **أوّلاً:** أنّه ليس في مقام المعاوضة إلاّ معاوضة حسّية انشائية، وليس عن المعاوضة اللبّية بين العقلاء عين ولا أثر، فما يقع تحت الانشاء أو يقع الانشاء مبنيّاً عليه هو طرفا المعاوضة الحسّية، و ليس غيرها معاوضة رسمية لكي يؤخذ به البائع.

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي ٢/ ١٠١ ولاحظ كلامه أيضاً ص ١٣٠ من هذا الجزء.

وثانياً: لو فرضنا تقسيم المعاوضة إلى معاوضتين، فلحاظ الوصف عندئذ لا يتجاوز عن كونه داعياً إلى بذل الثمن الزائد، وتخلّف الداعي لا يؤثّر شيئاً، فلو اشترى كتاباً بزعم أنّه بخط والده، أو قُرِئَ على شيخ الاجازة، ثمّ بان الخلاف، فلا خيار له. وعلى فرض صحّته لا فرق بين وصفي الصحّة والكمال إذ حديث المعاوضة اللبّية جار في كليهما ـ مع أنّه لا يقول بالارش في الثاني ـ.

وخلاصة الكلام: أنّ الأمر دائر بين أحد أمرين وكل واحد منهما لا يخلو من اشكال.

أمّا أن يلاحظ الوصف جزءاً من العوض ويبذل الثمن في مقابله، ولازم ذلك التوالي الثلاثة:

١ـ إنفساخه فيما يخصّه من الثمن عند عدمه.

٢ـ لزوم كون الارش من نفس الثمن.

٣ـ اشتغال ذمة البائع به من أوّل الأمر.

أو لا يلاحظ جزءاً منه، بل يكون داعياً من الدواعي.

فيترتب عليه عدم جواز رجوع المشتري عند التخلّف على البائع بشيء حسب القاعدة ويصبح أخذ الارش لأجل الروايات أمراً على خلاف القاعدة وهو مخالف لإرتكاز العقلاء حيث يرون المشتري محقّاً في الرجوع إلى التفاوت الموجود بين المبيع والمدفوع.

ومن حاول تطبيقه على القاعدة زاد في الطين بلّة، فجمع بين المتنافيين أوّلاً، ولزمه عدم الفرق بين وصفي الصحّة والكمال ثانياً، لعدم الفرق بينهما من حيث الملاك، مع أنّه فرّق بينهما.

والمختار عندنا هو الوجه الأوّل وأنّه يقسّط على الأجزاء والصفات

الصحيحة والكمالية مطلقاً وكلّ يكون موجباً لكثرة الرغبة وبذل الثمن الزائد حتى الغلاف والإناء إذا وقع تحت الإنشاء أو كان الانشاء مبنيّاً عليه عند المتعاملين وفاقاً لارتكاز العقلاء، غير أنّا نذّب عن المحاذير الثلاثة ونقول:

دفع المحاذير الثلاثة بوجهين:

الأوّل: وجود الفرق الواضح بين المقام وما يحكم فيه بالانفساخ من أوّل الأمر مثل ما إذا باع ما يملك وما لا يملك بصفقة واحدة، فقالوا بالصحّة فيما يملك والبطلان في غيره. وذلك لأنّ احقاق الحق في الثاني منحصر في البطلان فيما لا يملك، فلأجل ذلك يحكم بالانفساح فيه، وليس هناك وجه آخر يُترقَّب. هذا بخلاف تخلّف الوصف والجزء الذي يشبه بتخلّف الوصف كأحد مصراعي الباب فإنّ هناك طريقين: أحدهما ردّ المعاملة من رأس، والفسخ في الكل، والآخر قبول المعاملة وانحلالها في الجزء والوصف، ولأجل ذلك لا يتسرّعون إلى الحكم بالانفساخ لأنّ الأمر يدور بين فسخ الكلّ أو خصوص الجزء والوصف.

الثاني: لا مانع من القول بالانفساخ من أوّل الأمر فيما يخصّه من الثمن بمعنى استعداده للانفساخ غير أنّ تنجّزه يتوقّف على اتفاقهم على الارش، وبذلك تنحلّ المشكلة الثانية وهي اشتغال ذمّة البائع بالارش، فلا بأس بالالتزام به غير أنّ التنجّز يتوقّف على المطالبة، وما هذا إلاّ لأجل أنّ المستقبل مجهول لأنّه يحتمل أن يكون هناك فسخ في الكل أو في الجزء ، فلا يحكم منجّزاً إلاّ بعد تبيّن الحال.

الارش جزء الثمن المردود:

وبما ذكرنا يتبيّن أنّ الارش ليس غرامة وإنّما هو جزء الثمن المردود، فكأنّ المعاملة تنفسخ بالنسبة إلى ذلك الجزء لا أنّه غرامة خارجية يبذلها البائع لأجل تسليم المبيع الفاقد للوصف، وإنّما هو جزء الثمن المردود، وبذلك تنحلّ المشكلة الثالثة، ويقال بوجوب تسليمه من نفس الثمن، اللّهمّ إلاّ إذا اتفقا على غيره كما عليه السيد الطباطبائي في تعليقته نظير ما إذا طالب المقرِض عين ماله [١].

وبذلك تقف على عدم وصول النوبة عند مطالبة الارش من نفس الثمن، إلى الأُصول العملية من أصالة عدم تسلّط المشتري على شيء من الثمن أو براءة ذمّة البائع من وجوب دفعه، لأنّهما ـ مضافاً إلى معارضتهما بأُصول أُخر ـ نظير أصالة عدم تملّك البائع ما يخصّ الوصف من الثمن ـ انّه استدلال بالأصل مع وجود الدليل الاجتهادي.

أداء الارش بجنس الثمن، أو النقد الغالب:

إذا كان الارش هو جزء الثمن المردود على المختار فلو كان تالفاً يجب على البائع أداؤه من جنسه أخذاً بالقاعدة الرائجة في باب الإتلاف، ففي الدرجة الأولى يجب دفع الارش من جنس الثمن وإلاّ فمثله أو قيمته.

وأمّا على القول بأنّ الارش غرامة لجبر الضرر، وليس جزء الثمن يتعيّن النقد الرائج كما هو الحال في باب سائر الغرامات، و يؤيّده ظاهر الروايات مثل

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ٢/ ١٠٢.

قوله: ولكن يـرجع بقيمة العيب [١] وقوله يرد عليـه بقيمة ما نقصها العيب [٢] إلى غير ذلك من الروايات.

هذا إذا كـان الثمن نقداً، وأمّا إذا كـان جنساً، فقد احتمل السيـد الأُستاذ تعيّـن البذل من جنسه، سواء كان عينه أو مثله [٣].

يـلاحظ عليه: أنّـه إذا كان الارش غـرامة كما هـو نظر المشهـور، فلا وجـه لتعيّـن الـردّ من الجنس بعد كون الأصـل في ضمان المضمونات هو النقـد الرائج، نعم على المختار يجب أن يكون من عينه وعنـد التلف من جنسه لأنّه الجزء المردود من الثمن.

حكم الارش في الربوي والصرف:

إذا بيع أحد المتماثلين بـآخر، كالحنطة بـالحنطة فبانت إحـداهما رديئة فهل يجوز أخذ الارش ؟ التحقيق: لا ، لأنّ الشارع ألغى دخـل وصف الصحّة في مقام المعاوضة، وقد عرفـت أنّ الارش جزء الثمن المردود، فلا يُقسّط الثمن على وصف الصحّة حتـى يستعاد عنـد التخلّف، ومثله إذا قلنـا بأنّ الارش غـرامة، فلـو كان وصف الصحّة ملغى حسب القانون، فلا خدعة حتى يُغرم الخادع، وبذلك يعلم حكم معاملة الذهب بالذهب والفضـة بالفضة، وبالجملة المتماثلان الموزونان أو المكيلان لا ارش فيهما على كـلا المبنيين، غايـة الأمر ثبوت خيـار تخلّف الشرط أو الوصف إذا كان المشتري جاهلاً.

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٨

٢ـ المصدر نفسه: الحديث ٣.

٣ـ المتاجر : قسم الخيارات: ٥/ ١٣٢.

إنّما الكلام في معاملة الصرف إذا كان العوضان متخالفين، كالذهب بالفضة فيقع الكلام في جواز أخذ الارش، لا من جهة إستلزامه الربا لما عرفت من أنّه في المتماثلين، لا في المتخالفين بل من جهة تصوّر أنّ الحكم بالارش يوجب عدم القبض في مجلس الصرف، مع أنّه يشترط التقابض فيه في مجلسه.

أمّا على المختار، فالظاهر الجواز، لأنّ الارش هو جزء الثمن المردود، بمعنى إنفساخ المعاملة في هذا المقدار من الثمن إنفساخاً من أوّل الأمر أو بعد الاتفاق عليه. فالردّ في المقام أشبه بها إذا ردّ ما أخذه زائداً سهواً على القدر المتّفق عليه.

وأمّا على مبنى المشهور، فالظاهر أنّه جائز، وذلك لأنّه لو كان الارش إكمالاً للمعيب ورفعاً له إلى مستوى الجزء الآخر، يكون للمنع وجه، لأنّه يستلزم القبض في غير مجلس الصرف، وأمّا إذا قلنا بأنّه غرامة عقلائية وليس جزء من أحد العوضين، فلا يشمله دليل وجوب التقابض.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم لمّا اختار تعيّن كون الارش من النقدين (وإن شئت قلت النقد الرائج) لأنّه الأصل في المضمونات، وعلّق جواز الارش من غيرهما على رضا الطرفين وأنّه يكون عندئذ بدل الأُرش لا نفسه، احتمل في مورد النقدين [1] وجهاً آخر وهو أنّه من المحتمل أن يكون الثابت فيهما هو المال الكلّي في الذمّة. و إذا اختار الأَرش من غير النقدين ابتداء ورضى به الآخر فمختاره نفس الارش لا عوض عنه، نعم للآخر الامتناع عنه لعدم تعيّنه عليه فليس هنا شيء معيّن ثابت في الذمّة حتى يكون أحدهما أرشاً والآخر بدلاً عنه

ـــــــــــــــ

١ـ لا جميع موارد الارش كما هو ظاهر كلام السيد الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ حيث قال حاكياً نظر الشيخ بقوله: بدعوى الفرق بين المقام (ظهور المبيع معيباً) وسائر المقامات، لاحظ المتاجر: قسم الخيارات ٥/ ١٣٣.

بل النقدان وغيرهما سـواسية، والكل يعدّ نفس الأرش لا بدلاً عنـه، غير أنّ الدفع من غير الرائج يتوقّف على رضا الطرفين دون غيرهما.

يلاحظ عليـه: أنّه لا فرق بين النقـدين وغيرهما، فلو كان الثـابت هو المال الكلي فليكن جميع الموارد كذلك، ولو كان الملاك هو النقد الرائج، كما هو الأصل في ضمان المضمونات، فيجب أن يكون الجميع سواسية.

وإنّما دفعه إلى ذلك الاحتمال في مورد النقدين، هـو تصوّر إستلزامه القبض خارج المجلـس إذا كان الثابـت في الذمّة هـو النقد الـرائج، وقد عرفـت ذبَّه وأنّ القول بأنّه الثابت لا يستتبع اشكالاً، لأنّه عند القوم غرامة، لا جزء للمعيب حتى يرتفع ويقع في مستوى الصحيح ويتحقق قبض البعض خارج المجلس.

الأرش المستوعب للثمن:

الأرش الـرائج بين العقلاء، هـو غير المستوعـب للثمن، بمعنى أنّ البـائع يدفـع من الثمن حسب نسبـة الصحيح إلى المعيب ولا يكـون إلاّ مقداراً مسـاوياً لبعض الثمن وأمّا المستوعب للثمن كلّه، بأن يردّه مع العين فليس منه بين العقلاء عين ولا أثر، ويعد مثل ذلك معاملة سفهيّة.

ووجهـه أنّ المعيب إن لم يكن ممّـا يتموّل ويبـذل في مقابلـه شيء من المال، بطل بيعه وإلاّ فلابد من أن يبقى له قسط من الثمن.

هــذا إذا قلنــا بـأنّ الأرش أمــر عقــلائي، وأمّــا إذا قلنــا بـأنّــه أمــر تعبّدي فـالنصوص الواردة فيـه ظاهرة في غير المستـوعب فقد ورد فيهـا العبارات التالية.

«يوضع عنـه من ثمنها بقدر عيب كـان فيها» و «ثمّ يردّ البـائع على المبتاع فضل ما بين الصحّة والداء» و «لكن يردّ بقيمة ما نقصها العيب» و «لكن يقوم ما بين العيب والصحّـة فيردّ على المبتاع» [1] إلى غير ذلك من النصوص الظـاهرة في غير المستوعب.

وعلى ذلك فلو صار الخلّ ماءً بذهاب حموضته قبل القبض فلا محيص عن القول بـالانفساخ لأنّ التلف قبل القبض على البـائع، والباقي من الخلّ بعـد رفع الحموضـة ليس مالا يتبادل بدرهـم ودينار، والبيع مبادلة مـال بمال، والمالية غير محفوظة في زمن القبض مع اعتبار بقائها إلى ذلك الحين.

ثمّ إنّهم يمثّلون للارش المستوعب للثمن ببيع العبد الجاني إذا كانت الجناية مستوعبـة للقيمة، لكن الفرق بين المثـالين واضح فإنّ امضاء العقـد عند صيرورة الخلّ ماء غير صحيح سواء كان بلا أُرش أو مع الأُرش لخروجه عن المالية.

أمّا المقام فيصح إمضاؤه بلا أرش (بخـلاف الخلّ الفاسد) إذا تعلّق غرضه بحفظ العبد في حبالـه مع دفع الديّة، وأمّا امضـاؤه مع الأُرش فمشكل لما عرفت من أنّ الأرش المستوعب يخالف بناء العقلاء ومورد الروايات.

الطريق إلى معرفة القيمة:

إذا كان الارش هـو الوضع من الثمـن، بنسبة التفاوت الموجـود بين قيمتي الصحيح والمعيب، تلزم معرفة قيمته فلو كانت معلومة فلا كلام، وأمّا إذا لم تكن معلومة، يرجع إلى العـارف بها والرجوع إليه على أقسام:

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الأحاديث ١ـ ٤.

١ـ أن يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند أهل البلد، وعند أهل الخبرة لهذا المبيع أو لمثله في الصفات المقصودة ويقول إنّ هذه الحنطة أو مثلها تباع في السوق بكذا.

٢ـ أن يخبر عن حدس ونظر لأجل كثرة الممارسة لأشباه هذا الشيء واطّلاعه على الخصوصيات والخواص التي فيه وفي صنفه ونوعه من غير أن يكون له ميزان معيّن في السوق كالأحجار الكريمة والنفائس الأثرية والكتب المخطوطة.

٣ـ وقد يخبر عن الخصوصيّات مع كون القيمة على تقدير العلم واضحة كالصائغ العارف بأصناف الذهب والفضة.

والمقوّم حقيقة هو ثاني الأقسام وأمّا الأوّل فهو يخبر عن قيمة المبيع أو مثله في السوق، كما أنّ الثالث يخبر عن الخصوصية التكوينية فيه، بلا اعمال نظر واجتهاد.

وعلى أي تقدير فهل يشترط التعدّد أو يكفي الواحد، ذكر الشيخ الأعظم وجهين:

الأوّل: عدم التفرقة بين الأقسام فيشترط في الجميع ما يشترط في الشهادة.

الثاني: أنّ القسم الأوّل داخل في الشهادة يشترط فيه ما يشترط في باب الشهادة من التعدّد والعدالة والأخبار عن حسّ بخلاف الأخيرين فيكفي فيه العدل الواحد.

واستدلّ على كفاية العدل الواحد في الأخيرين بوجوه:

١ـ لزوم الحرج لو اعتبر التعدد.

٢ـ اعتبار الظن في مثل ذلك لانسداد باب العلم فيه.

٣ـ يلزم من طرح قول العادل والأخذ بالأقل تضييع حق المشتري.

٤ـ عموم حجّية خبر الواحد، خرج منها ما كان من قبيل الشهادة.

ويلاحظ عليه: أنّه إذا كان الثاني والثالث خارجين عن موضوع الشهادة فلا يعتبر فيهما التعدّد بالضرورة فلا حاجة إلى الاستدلال بهذه الوجوه الأربعة:

ويلاحظ على الوجه الثالث من أنّ في الطرح تضييعاً لحق المشتري، بأنّ في الأخذ أيضاً احتمال تضييع حق البائع.

فالأولى أن يقال: لو كانت هناك مرافعة ورفع الأمر إلى الحاكم، فلا تفك العقدة في جميع الصور إلاّ بالبيّنة والأيمان من غير فرق بين الأقسام، لأنّ أحدهما مدّع والآخر منكر، ولو لم تكن هناك مرافعة وإنّما يريد البائع إفراغ ذمّته فلو أمكن تحصيل العلم العرفي أعني الاطمئنان فيقدم ـ لما قلنا في محلّه ـ من أنّ الموضوعات التي يسهل الوقوف على حالها، كالعلم بوصول المال الزكوي إلى حدّ النصاب، أو كون الرجل مستطيعاً، لا يرجع فيها إلى البراءة، بل يكلّف بالرجوع إلى العلم العرفي الذي هو الاطمئنان من غير فرق بين العدلين والعدل وسائر الأسباب المورثة للاطمئنان.

وإن لم يمكن فالعدل الواحد، بل قول الثقة هو المرجع أخذاً بما دلّ على حجية قوله مطلقاً، حكماً كان المخبر به أو موضوعاً، خرج ما خرج مما يشترط فيه التعدد، كباب المرافعات والهلال. ويمكن اصطياد القاعدة من الموارد المختلفة التي يقبل فيها قول العدل الواحد وقد جمعناها في كتابنا «كليات في علم الرجال»[1].

١ـ لاحظ ص ١٥٩ـ١٦٠.

وتصوّر أنّ كـل مورد دخل في بـاب الشهادة يعتبر فيـه التعدد، كما في المورد الأوّل، يتوقّـف على وجود كبرى لهذا وهو أنّـه يعتبر في الشهادة التعدّد، مـع أنّه لم يثبت، بل الثابت تقسيم الموضوعات إلى مـا لا يقبل فيه إلاّ العدلان، وما يقبل فيه العـدل الواحـد، وسمّى القسم الأوّل بـالشهـادة فلا يعـرف كون المورد في بـاب الشهادة إلاّ إذا دلّ الدليل على لزوم التعدّد.

ثمّ إذا لم يتمكّن من المعـرفة العرفية أو الشرعيـة فالمرجع هو الأخـذ بالأقل، لأجل البراءة عن الزائد أو الأكثـر لكونه موافقاً للاحتيـاط أو التصالح، أو العمل بالظن والأخير ضعيف.

في تعارض المقوّمين

لو تعارض المقوّمان، فقد ذكر الشيخ احتمالات وأقوال:

١ـ تقديم بيّنة الأقل للأصل.

٢ـ تقديم بيّنة الأكثر لأنّها مثبتة.

٣ـ القرعة بينهما لأنّها لكلّ أمر مشكل.

٤ـ الـرجوع إلى الصلح لتشبّث كـل من المتبايعين بحجّـة شرعية ظاهـرية، والمورد غير قابل للحلف، لجهل كل منهما بالواقع.

٥ـ تخيير الحاكم بينهما لامتناع الجمع وفقد المرجح.

٦ــ وجوب الجمع بينهما بقـدر الامكـان لأنّ كلاًّ منهما حجـة شرعية يلـزم

العمل بـه، فإذا تعـذّر العمل بـه في تمام مضمـونـه وجب العمل بـه في بعضه.

٧ــ التساقط والـرجوع إلى الأصـل، لكونـه مقتضى القاعـدة عند تعـارض الدليلين أو الامارتين، أو لقصـور دليل حجّية البينة عن شمـول صورة التعارض.

٨ـ الرجوع إلى المرجحات من الأكثرية والأعدلية، وإلاّ فبأحد الاحتمالات.

٩ـ تقديم بيّنـة الداخل وهي الأقل فيما إذا ادعاه البـائع، وأقام بيّنة وادعى الآخر الأكثر وأقام بيّنة.

١٠ـ تقديم بيّنة الخارج وهي الأكثر.

ثمّ إنّ الشيخ اختـار الجمع بين البيّنتين، واستدل على ذلـك بأنّ الجمع بين الدليلين ولو من وجه أولى من طرح أحـدهما رأساً، ولأجل ذلك يحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيّنتان في دارٍ تحت يد رجلين يدعيها كل منهما.

وأورد عليه السيد الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ: بـأنّ قاعدة الجمع قد ردّها الشيخ في رسـالة التعـادل والترجيح وذكر أنّ الجمـع التبرّعي لا شـاهد لـه، وإنّما الجمع المقبول هو الجمع مـع الشاهد، فكيف قبل القاعدة التي هـي مأثورة عن ابن أبي جمهور الاحسائي وقد ردّها في الأُصول [١].

يلاحظ عليه: أنّ الشيخ ردّهـا في مجال الأحكام الشرعية لا في مجال الحقوق وهو ظـاهر لمن راجع كـلامه، ومـا استدل به على رد تلـك القاعدة يختـص بمورد الأحكام، ولا يعمّ الحقوق.

١ـ المتاجر: قسم الخيارات ٥/ ١٤٠.

وعلى كلّ تقدير فنظرية الجمع بين المقوّمين هي خيرة المفيد، والمحقق، والعلاّمة، والشهيدين. فقال في الشرائع: «إن اختلف أهل الخبرة في التقويم، يعمل على الأوسط» وفسّره في الجواهر بالقيمة المنتزعة من مجموع القيم [1].

ثمّ إنّ ما استدل به الشيخ على الجمع ضعيف لأنّه قال بأنّ الجمع بينهما أولى من الأخذ بأحدهما إذ لقائل أن يقول بأنّ الأصل طرح كلا القولين أخذاً بالمقرّر في باب الطرق عند التعارض أعني التساقط والرجوع إلى الأُصول العملية، والأولى أن يستدل ببعض الآيات مثل قوله سبحانه: ﴿**قُلْ أمر ربّي بالقسط**﴾ (الأعراف/ ٢٩). وقال سبحانه: ﴿**وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل**﴾ (النساء/ ٥٨) وقوله سبحانه: ﴿**انّ اللهَ يأمر بالعدلِ والاحسان**﴾ (النحل/ ٩٠) إلى غير ذلك مما يعبَّر عنه بقاعدة العدل والانصاف.

ويؤيّده خبر عبد الله بن عمر، قال: كنّا بمكة، فأصابنا غلاء في الأضاحي فاشترينا بدينار، ثمّ بدينارين ثمّ بلغت سبعة، ثمّ لم توجد بقليل ولا كثير، فرقع هشام المكاري رقعة إلى أبي الحسن ـ عليه السلام ـ فأخبره بما اشترينا، ثمّ لم نجد بقليل ولا كثير، فوقّع: انظروا إلى الثمن الأوّل والثاني والثالث، ثمّ تصدّقوا بمثل ثُلثِه [2].

ثمّ إنّ تحقيق الحق يتوقّف على ذكر أُمور:

١ـ هل البحث منعقد فيما إذا رفع المشتري والبائع الأمر إلى الحاكم، أو فيما إذا أراد البائع إفراغ الذمة، ورجع إلى أهل الخبرة، والمشتري إلى آخر فاختلفوا، فالظاهر أنّ موضع البحث هو الثاني لا الأوّل، وعلى ذلك لا موضوع للقولين

١ـ الجواهر: ٢٣/ ٢٩٠.

٢ـ الوسائل: ١٠ الباب ٥٨ من أبواب الذبح، الحديث ١.

الأخيرين، أعني تقديم بيّنة الداخل أو الخارج، لأنّها من شؤون المرافعة والقضاء والمفروض خلافه، نعم لو كان الموضوع أعم لا بأس بذكرهما، كما أنّه لا موضوع أيضاً للقول الأوّل والثاني، أعني: تقديم بيّنة الأقل للأصل أو تقديم بيّنة الأكثر بحجة أنّهامثبتة، إذ هذه الأقوال تناسب رفع النزاع إلى الحاكم ومثله القول الخامس، فكان على الشيخ تبيين محل البحث من حيث العموم والخصوص، ولكنّه ذكر الأقوال و أكملها السيد الطباطبائي في التعليقة بلا تبيين لمحل النزاع.

٢ـ الظاهر من المقوّم هو القسم الثاني وهو ما إذا أخبر عن قيمة الشيء بحدس واجتهاد ولم يكن للقيمة واقع محفوظ، وكأنّه هو المقوّم، وأمّا الأوّل والثالث، فهما مخبران لا مقوّمان.

٣ـ إنّ الأصل في الطرق والامارات في التعارض هو السقوط إلاّ إذا دلّ الدليل على الأخذ بالأرجح أو التخيير كما هو الحال في الطرق والامارات المتضمّنة للأحكام الشرعية، وأمّا غيرها كما في المقام، فالأصل هو السقوط والرجوع إلى القواعد الأُخر ولم يدل دليل على اعتبارهما حتى يعالجا باحدى الطرق المذكورة.

٤ـ إنّ دليل أكثر الأقوال المذكورة ضعيف جداً.

أمّا الأوّل: فلأنّ تقديم بيّنة الأقل بالأصل، فرع بقاء حجّيتهما عند التعارض أوّلاً، وصحّة ترجيح الامارة بالأصل ثانياً وهو كما ترى.

أمّا الثاني: فلأنّه مبنيّ على كون بيّنة الأكثر مثبتة وبيّنة الآخر ساكتة، مع أنّه ليس كذلك بل الثاني أيضاً ناف يرى الزائد ظلماً على البائع.

أمّا الثالث: فالرجوع إلى القرعة إنّما هو فيما إذا كان هناك واقع محفوظ

اختلف الطرفان فيه كما في قسمي الأوّل والثالث دون الثاني الذي ليس هناك واقع مضبوط إذ المبيع شيء شخصي ليس له نظير و إنّما يقوّم بالحدس والقياس بالمشابهات. اللّهمّ إلاّ أن يقال بعمومية حجية القرعة لما إذا لم يكن هناك واقع محفوظ.

أمّا الرابع: فالرجوع إلى الصلح فيما إذا لم يكن له طريق قاطع للنزاع كما في دوران الدينار بين شخصين لا في مثل المقام الذي هو صالح لاجراء البراءة.

أمّا الخامس: فهو يختص بها إذا رفعا النزاع إلى الحاكم وأقاما بيّنةً ، ولكن محل النزاع أعم، أو فيما إذا أراد البائع إفراغ ذمته، فاختلف المقوّمان.

وأمّا السادس: أعني وجوب الجمع فقد عرفت عدم الدليل عليه، والوجه السابع هو المختار كما سيوافيك والترجيح بالأعدلية والأكثرية كما في الثامن يتوقّف على الغاء الخصوصية لأنّهما وردتا في الامارات الدالّة على الأحكام لا الموضوعات، وقد عرفت حال الوجه التاسع والعاشر إذا عرفت ذلك فنقول:

إنّ البحث يقع تارة في القسم الثاني من أقسام المقوّم الذي هو الحقيق بتسميته مقوّماً وأُخرى في الأوّل والثالث.

أمّا الثاني فيعلم حكمه من بيان حكم مسألة أُخرى وهي:

إذا أتلف مال الغير، وكان قيميّاً، وتعددت قيمته في السوق تعدداً حقيقياً قبله المتبايعان وليس هذا أمراً بديعاً. لأنّه ربّما يباع الشيء في مركز المدينة بقيمة وفي غيره بقيمة أُخرى، فلو أراد المتلف ابراء الذمّة فادّى الأقلّ من القيمتين، فقد أفرغ ذمّته بادائه ولا يتوقّف على أداء الأكثر، لأنّ المفروض أنّ كل واحدة منهما قيمة للجنس حقيقة، لا أنّ احداهما قيمة والأُخرى بدل، فإذا كان كذلك، وصدق

عليه أنّه أدّى قيمة التالف، فقد قام بواجبه.

ولو فرضنا أنّه حاول في هذه الظروف اداء الارش ولكل من الصحيح والمعيب قيمتان متعددتان حقيقتان، فأخذ الأقل من القيمتين وأدّى الارش بتلك النسبة، فقد أدّى الارش وصدق عليه أنّه أدّى التفاوت.

فإذا كان هذا حال ما إذا تعدّدت قيمة الجنس في البلد واقعاً فليكن مثله فيما إذا اختلف المقوّمان في الصورة الثانية، وذلك لأنّ تقويم المقوّمين بقيمتين مختلفتين، في المبيع الذي ليس فيه مقياس معيّن، وضابط رسمي، يجعل المبيع من قبيل ما إذا تعددت القيم حقيقة، وذلك لأنّه ليس في المقام واقع محفوظ، حتى تكون إحدى القيمتين مطابقة له، والأُخرى مخالفة بل الواقعية تدور مدار تشخيص المقوّم الخبير الذي يقوّمه حسب ممارسته المشابهات، فتصير كل واحدة قيمة رسمية، ويكون من باب تعدّد القيم. فيجري فيه ما يجري فيه فلو اختار احدى القيمتين وأدّى الواجب بنسبتها يصدق عليه أنّه أدّى التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب. ومعه لا يصح استصحاب اشتغال الذمّة ـ مضافاً إلى أنّه لا يثبت وجوب الأكثر ، ولا التمسّك بالكبرى من أنّه يجب أن يدفع البائع، تفاوت ما نقص لأنّ المفروض أنّه أدّى ذلك التفاوت.

هذا كلّه في القسم الثاني ، وأمّا الأوّل والثالث من الأقسام فبما أنّ حجّيتهما من باب الطريقية فيسقط كل واحد منهما عن الحجية، كما هو شأن كل امارة اعتبرت من باب الطريقية، ولا دليل على الأخذ بأحدهما ـ مثل ما ورد في تعارض الامارات في مورد الأحكام ـ ولا جمع بينهما، فتصل النوبة إلى الأصل وهي البراءة للشك في اشتغال ذمّة البائع بأزيد مما يقوّم به أحد المقوّمين، واستصحاب اشتغال الذمة لا يثبت لزوم دفع الأكثر، لكونه مثبتاً بالنظر إليه.

وما ذكر من الآيات، لا يدل كون العدل والقسط، هو الجمع بين القيمتين، بل العدل هو أن لا يأخذ المشتري ما لم يثبت الاشتغال به ورواية عبد الله بن عمر مضافاً إلى أنّها خبر واحد، مختصّة بموردها.

وأقصى ما يمكن أن يقال في تصحيح اختلافهما، أنّهما يحكيان عن تعدّد القيم في السوق فيجري فيه ما ذكرنا هناك.

هذا كلّه إذا لم يرفعا النزاع إلى الحاكم، وإلاّ فالحق تقديم بيّنة المدّعي على بيّنة المنكر لأنّ اقامة البيّنة من وظائف المدّعي لا المنكر، وهو المشتري في المقام فيؤخذ بالأكثر دون الأقل، وأمّا على القول بسماع بيّنته أيضاً فيدخل في باب تعارض البيّنات وهي مسألة طويلة الذيل لا يسع المجال لتنقيحها وإن كان الأقوى فيه هو الرجوع إلى القرعة، والتفصيل في محلّه.

ثمّ إنّه على القول بأنّ الواجب هو الجمع بين القيمتين، فهناك طريقان أحدهما هو المشهور والآخر للشهيد، وربّما يتفقان، وأُخرى يفترقان.

أمّا المشهور فقالوا: إنّه يؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، ومن الثلاث ثلثها ومن الأربع ربعها وهكذا في المعيب ثم تلاحظ التفاوت بين المأخوذ للصحيح والمأخوذ للمعيب ويؤخذ بتلك النسبة من الثمن، فإذا كان أحد قيمتي الصحيح ١٢ ديناراً، والآخر ٦ دنانير، وأحد قيمتي المعيب ٤ دنانير، والآخر ديناران، تجمع قيمتا الصحيح ٦+١٢ فيصيران ١٨ ديناراً فيؤخذ نصفه أي ٩ دنانير، ومثله قيمتا المعيب تجمعان ٢+٤ فتصيران ٦، فيؤخذ نصفه أي ٣، والتفاوت بين القيمتين بالثلثين، فيكون الارش ثلثا الثمن.

وهذا النهج هو الذي يؤيّده خبر عبد الله بن عمر الآنف ذكره.

وأمّا المنقول عن الشهيد ـ كما في الروضة البهية ـ وهو أن يرجع إلى البيّنة في مقدار التفاوت ويجمع بين البيّنات فيه، من غير ملاحظة القيم، فقد يتّحدان من حيث النتيجة كما في المثال المتقدم فإنّ التفاوت بين القيمتين، هو الثلثان فإن أحد المقوِّمين، قوّم الصحيح ١٢ ديناراً، والمعيب ٤ دنانير، والآخر قوّم الصحيح ٦ دنانير والمعيب ديناران، والنسبة في كليهما، هو الثلثان، فيجمعان ثم يقسّمان إلى النصف حسب تعداد التقويم فيكون الارش هو الثلثان من الثمن.

وقد يفترقان فتارة تزيد طريقة الشهيد على الأُخرى وقد تنقص، وقد ذكر الشيخ مثالاً لكل واحد. وبما أنّ الجمع ليس واجباً عندنا فلا ضرورة للخوض في ترجيح أحد الطريقين على الآخر.

الفصل العاشر

شروط صحّة الشرط

- أن يكون داخلاً تحت القدرة.
- أن يكون الشرط سائغاً.
- أن يكون الشرط عقلائياً.
- أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنّة.

  ما هي الضابطة في تمييز المخالف؟
- أن لا يكون مخالفاً لمقتضى العقد، ويبحث عن أُمور:

  أ ـ ما هو المراد من المخالف لمقتضى الغقد؟

  ب ـ ما هو الدليل على هذا الشرط؟

  ج ـ في بيان حال بعض الشروط.

  إذا شك في كون الشرط مخالفاً أو موافقاً.
- أن لا يكون مجهولاً جهالة توجب الغرر.
- أن لا يكون مستلزماً للمحال.
- أن يلتزم به في متن العقد.
- أن يكون منجزاً لا معلّقاً.

في شروط صحّة الشرط

دراسة أحكام الشروط، صحّةً وفساداً عقيب الخيارات، كانت تستدعي البحث عن خيار تخلّف الشرط أوّلاً، ثم إردافه بالبحث عن أحكامها ثانياً، ولم يسبق من الشيخ البحث عن خيار تخلّف الشرط فيبدو أنّه كتب رسالة مستقلّة في أحكام الشروط، فألحقها بالخيارات، كما استظهره السيد الطباطبائي ـ قدّس سرّه ـ ويحتمل أنّه اكتفى في ذلك المجال بما سيأتي عنه في مسألة «حكم الشرط الصحيح» فقد تعرّض هناك بأحكام الشروط ومنها أحكام تخلّفه التي منها الخيار فلاحظ، وعلى كلّ تقدير فقد ذكروا شروطاً لصحّة الشرط المأخوذ في العقود والايقاعات.

و إليك البيان:

الشرط الأوّل: أن يكون داخلاً تحت القدرة:

قال المحقّق: «لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره كبيع الزرع على أن يجعله سنبلاً والرطب على أن يجعله تمراً ولا بأس باشتراط تبقيته» وهل مراده جعل الله أو جعل المشتري؟ فيه تردد.

وقال في الحدائق: «وكذا يبطل الشرط باشتراط غير المقدور للمشروط عليه كاشتراط حمل الدابة في ما بعد، أو أنّ الزرع يبلغ السنبل، سواء شرط عليه أن يبلغ ذلك بفعله أو بفعل الله تعالى لاشتراكهما في عدم المقدورية» [1].

١ـ الحدائق: ١٩/ ٦٧.

ليس المقصود من عنوان البحث (أن يكون داخلاً تحت القدرة) التحرّز عن الممتنع عقلاً كالجمع بين الضدين أو عادة كالطيران إلى الهواء بلا سبب، بل المراد التحرّز عن اشتراط فعل الغير، الخارج عن اختيار المتعاقدين، المحتمل وقوعه في المستقبل، وارتباط العقد به وذلك لأنّ الأوّل ممّا لا يرتكبه العقلاء حتى يحترز عنه، بخلاف الثاني، فإنّه أمر صحيح مطلوب لهم وهو أولى من الاشتراط بالوصف الحالي المجهول تحقّقه ككون الحيوان حاملاً فعلاً، هذا ما ذكره الشيخ الأعظم، ثمّ استدل على بطلان اشتراط فعل الغير، بعدم القدرة على تسليمه (الشرط) ولا على تسليم المبيع إذا أخذ متّصفاً به لأنّ تحقّق مثل هذا الشرط بضرب من الإتفاق، ولا يناط بإرادة المشروط عليه فيلزم الغرر في العقد لارتباطه بها لا وثوق بتحقّقه.

ثمّ لما التفت إلى أنّ نفس التالي (الغرر) موجود فيما لو اشترط وصفاً حالياً لا يعلم تحقّقه في المبيع كاشتراط كونه حاملاً بالفعل (مقابل كونه حاملاً في المستقبل) أجاب بالفرق بين المقامين بوجود البناء على التحقّق في الأوّل فيكون الشرط بمنزلة توصيف المبيع به، بخلاف الثاني.

يلاحظ عليه: **أوّلاً**: أنّ تعليل بطلان هذا النوع من الاشتراط باستلزامه الغرر يستلزم دخوله في الشرط السادس الذي يذكره الشيخ وهو: أن لا يكون مجهولاً جهالة توجب الغرر فلا وجه لذكره مستقلاً، فالأولى الاكتفاء بما ذكره أوّلاً من عدم القدرة على تسليمه أو تسليم المبيع إذا أخذ متّصفاً به، وسيجيء الكلام فيه أيضاً.

وثانياً: لو كان السبب هو الجهالة والغرر لما كان هنا فرق بين الوصف الحالي والاستقبالي، وبناء المتعاملين على حصول الشرط حالياً لا يرفع الغرر ما لم يحصل الاطمئنان، ولو حصل لكفى في كلا المقامين ولعل البناء من المتعاملين على وجود

الوصف عبارة أُخرى عن الاطمئنان بوجوده والتفريق بين التوصيف والاشتراط بالصحّة في الأوّل دون الثاني، كما ترى لكون نسبتهما إلى الغرر سواسية. وبالجملة لا فرق بين الحالي والاستقبالي، كما لا فرق بين التوصيف والاشتراط في الغرر وعدمه ولا يرتفع الغرر إلاّ بالاطمئنان فقط.

وأمّا حديث عدم القدرة على التسليم، ففيه مجال للتأمّل، فلو شرط فعل الغير وكانت هناك مظنّة للتحقّق، كما إذا كان الغير عبداً أو أمة له أو ولداً أو أخاً أو صديقاً يُلبُّون دعوته، ويقضون طلبه، بلا تروّ وتردّد، فلا مانع من اشتراطه حتى مثل جعل الزرع سنبلاً والبسر تمراً والدابة حاملاً، إذا كانت القرائن مفيدة للاطمئنان بحصول الشرط. وبالجملة الملاك كون الاشتراط أمراً عقلائياً، يرتكبه العقلاء، ولذلك لو اشترط عمل شخص ثالث لا صلة له بهما، ولم يعلم من حاله القيام به وعدمه، يُعد الاشتراط أمراً غير عقلائي، ويكون الشرط باطلاً، لعدم شمول أدلّة الامضاء له.

وبذلك ظهر أنّه لا وجه لهذا الشرط، سواء أُريد منه، كونه مقدوراً في مقابل الأمر المحال كالجمع بين الضدين وقد عرفت انّ العقلاء لا يشترطونه حتى يحترز عنه أو أُريد منه كونه فعلاً لأحد المتبايعين في مقابل كونه فعلاً للثالث كما اختاره الشيخ لأنّ اشتراطه إمّا لأجل كون مقابله مستلزماً للغرر، فهو يرجع إلى الشرط السادس، وإمّا لأجل كون مقابله مستلزماً لعدم القدرة على التسليم، فقد قلنا بكفاية الاطمئنان على ما عرفت.

ثمّ إنّ الفقهاء ذكروا لعدم القدرة على التسليم موارد نذكرها:

١ـ اشتراط ما ليس لأحد المتعاقدين فيه دخل كاشتراط كون الحامل تضع في شهر كذا وقد عرفت حال أمثاله.

٢ـ اشتراط ما ليس المشروط عليه مستقلاً فيه، كاشتراط بيع المبيع من زيد، فربّما يفصل بين ارادة الايجاب فقط وارادة المجموع منه ومن القبول، فيصح الأوّل دون الثاني، والظاهر الصحّة مطلقاً إذا كان هناك وثوق بتحقّق الشرط في ظرفه فلا يعد مثل ذلك أمراً غير مقدور مطلقاً، سواء امتنع عن القبول أو لا ، كان العجز طارئاً أو سابقاً خلافاً لصاحب الجواهر حيث قال: نعم يمكن القول بالبطلان، لو انكشف عدم القدرة عليه حال الاشتراط [1].

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان الميزان كون الاشتراط عقلائياً يكفي الاطمئنان حال الاشتراط، وإن كان العجز متحققاً في الواقع غاية الأمر يكون للشارط الخيار، إذا كان خلفاً أو تخلّفاً.

وبذلك يعلم أنّ الملاك في المقدورية هو المقدورية الظاهرية لا الواقعية، فلو تبيّن الخلاف يكون الشرط صحيحاً ويعد من باب التخلّف فيكون للمشروط له الخيار، بخلاف ما لو قلنا بأنّ الملاك هو المقدورية الواقعية فيكون الشرط فاسداً، إذا كان العجز متحقّقاً عند الاشتراط، فيأتي البحث عن حكم الشرط الفاسد بأنّه يُفسد أو لا.

٣ـ ما لو شرط حصول غاية متوقّفة شرعاً على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط كاشتراط كون امرأة متزوّجة أو الزوجة مطلّقة ، والحق فيه التفصيل كما أشار إليه الشيخ وغيره وهو:

ألف: ما يكفي في تحقّقه كل سبب حتى مثل الاشتراط في ضمن العقد، كجواز الاقامة في داره وهذا خارج عن مجط البحث.

١ـ الجواهر: ٢٣/ ٢٠٥.

ب: ما لا يكفي في تحقّقه الاشتراط، ولكن المقصود ايجادها بالسبب كالنكاح والطلاق.

ج: تلك الصورة من غير التفات إلى ايجادها بسبب وعدمه فالظاهر الصحّة، لأنّه نظير اشتراط الأفعال التوليدية كالانعتاق، فلو اشترط كون العبد معتقاً بلا تقييده بعدم السبب، يصحّ لكونه مقدوراً للمشروط عليه بايجاد سببه.

د: تلك الصورة ولكن قيّد تحقّقها بنفس الاشتراط بلا سبب وراء الاشتراط فلا شك في بطلان الشرط لكونه مخالفاً للشرع لا لكونه غير مقدور لأنّ الانعتاق يحصل لدى العقلاء بنفس إشتراطه في العقد، لكنّه غير كاف عند الشرع فلا يعد مثل ذلك إلاّ مخالفاً للشرع والكتاب والسنّة لا غير مقدور.

الشرط الثاني: أن يكون الشرط سائغاً:

يشترط في صحّة الشرط كونه سائغاً فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمراً، لعدم نفوذه لقولهم: «إنّ المسلمين عند شروطِهم إلاّ شرطاً حرَّم حلالاً أو أحلّ حراماً»[1].

وقد أورد على هذا الشرط بأنّ مرجعه إلى الشرط الرابع، أعني: ما لا يكون مخالفاً للكتاب والسنّة.

أقول: يمكن التفريق بين الشرطين بوجوه:

١ـ الوسائل: ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيارات، الحديث ٥.

١ـ انّ الشرط تارة يطلق ويراد منه المعنى المصدري الذي هو المعنى الحقيقي أي نفس الالتزام والتعهّد والتقيّد، وأُخرى نفس الملتزم الذي هو المعنى المجازي أي العمل الذي يقوم به المشروط عليه فالشرط الثاني يهدف إلى كون نفس الالتزام حلالاً سواء أكان الملتزم حلالاً أيضاً أم لا بخلاف الشرط الرابع فإنّه ناظر إلى عدم كون الملتزم محرّماً تكليفاً ووضعاً.

يلاحظ عليه: أنّ حرمة الالتزام مع كون الملتزم حلالاً أمر نادر غير متحقّق إلاّ في مورد نهي الوالد والحاكم ولا يصحّ الحمل عليه، وحرمته مع كون الملتزم كذلك وإن كان شائعاً كالالتزام بجعل العنب خمراً، لكن الشرط الرابع مغن عنه، للملازمة بين حرمة الملتزم وحرمة الالتزام.

٢ـ تخصيص الشرط الثاني بالحلّية التكليفية كالمثال المزبور، وحمل الشرط الرابع بالحلّية الوضعية حذراً عن رقية الحر، وكون الأجنبي وارثاً .

يلاحظ عليه: أنّ مورد الشرط الرابع أعم في لسان الروايات وكلمات الفقهاء.

٣ـ تخصيص الشرط الثاني بعدم المخالفة مع السنّة، والرابع بعدم المخالفة مع الكتاب.

يلاحظ عليه: أنّ مورد الرابع أعم كما سيوافيك فالحق الغناء عن هذا الشرط كالشرط الأوّل.

الشرط الثالث: أن يكون الشرط عقلائياً:

يشترط في صحّة الاشتراط أن يكون عقلائياً ويتعلّق به غرض ولا يعدّ لغواً، فخرج مثل اشتراط الكيل بمكيال أو الوزن بميزان معيّنين، مع مساواتها بسائر المكاييل والموازين الصناعية الدقيقة، ولا يشترط كونه موجباً للزيادة المالية كما في التذكرة بل يكفي أن يكون الاشتراط في نظر العرف أمراً صحيحاً عقلائياً، فلو اشترطا كون العبد كافراً صحّ لأجل تعلّق الغرض به في موارد خاصة، وتوهّم كونه مستلزماً لاعلاء الكفر واخفاض الإسلام كما ترى وإلاّ لما صحّ شراء العبد الكافر مع وجود المسلم.

والدليل على لزوم كون الشرط عقلائياً عدم شمول أدلّة الامضاء، أعني: المسلمون عند شروطهم إلاّ له .

وأمّا الاستدلال عليه بأنّ مثل ذلك لا يعدّ حقّاً للمشروط له حتى يتضرّر بتعذّره فيثبت له الخيار ويكون تركه ظلماً فغير تام، لأنّ موضوع الوفاء هو الشرط لا الشرط الذي يوجد حقاً ويعدّ تركه ظلماً، ولعل هذه العناوين تنتزع من أدلّة الوفاء، بعد شمولها للشرط الوارد في كلام المتبايعين، فلا يصحّ أخذ ما هو متأخّر عن تطبيق الدليل في لسانه.

وبذلك يعلم أنّ اشتراط المعاملة بعملة ورقية خاصة مع كونها مساوية مع سائر العملات الورقية شرط غير عقلائي بل المعاملة بنيّة دفع الورق الخاص ، بعد عدم الفرق بين المشروط وغيره غير مؤثر، فيكون حكم أمثال هذه المعاملات، حكم المعاملة على الذمة، وإن كان الثمن مشخّصاً لدى البائع. وذلك لأنّ قصد هذا الورق من العملة، دون ذاك، قصد عاطل لا طائل تحته، فلا يكون ملزماً. ولما ذكرنا نتائج فقهية يصل إليها المتدبّر.

الشرط الرابع: أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنّة:

من شرائط صحّة الشرط أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة، كما إذا اشترط كون الطلاق بيد الزوجة، أو رقيّة حرّ، أو توريث أجنبي فلا يكون نافذاً وتحقيق هذا الشرط يتوقف على سرد الروايات في المقام.

فنقول: إنّ لسان الروايات على أصناف:

الأوّل: أن لا يكون مخالفاً لكتاب الله:

١ــ عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ قال: سمعته يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه ... [١].

٢ــ عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ قال: المسلمون عند شروطهم إلاّ كلّ شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز [٢].

٣ــ عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله ـعليه السلامـ عن الشرط في الإماء، لا تباع ولا توهب؟ قال: يجوز ذلك غير الميراث، فانّها تورّث، لأنّ كل شرط خالف الكتاب باطل [٣].

٤ـ الحلبي عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ في رجلين اشتركا في مال وربحا فيه ربحاً وكان المال ديناً عليهما، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال، والربح لك وما تَوى، فعليك ؟ فقال: لا بأس به إذا اشترط عليه، وإن كان شرطاً يخالف كتاب الله عزّ وجلّ فهو رد إلى كتاب الله عزّ وجلّ ... [٤].

---

١ و ٢ و٣ و ٤ــ الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و٣ و ٤، وسيأتي الحديث الثاني في القسم الثاني أيضاً لأجل ذيله.

٥ـ إبراهيم بن محرز قال: سأل رجل أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ وأنا عنده فقال: رجل قال لامرأته: أمرك بيدك؟ قال: أنى يكون هذا والله يقول: ﴿**الرجال قوّامون على النساء**﴾ ليس هذا بشيء [1].

والحديث وإن لم يرد فيه لفظ المخالفة لكنّها مفهومة منه.

الثاني: أن يكون موافقاً لكتاب الله:

٦ـ عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: سمعته يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم ممّا وافق كتاب الله عزّ وجلّ [2] وهل يُحكَّم الصدر على الذيل أو بالعكس، سيوافيك الكلام فيه.

٧ـ الحلبي عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ انّه سُئِلَ عن رجل قال لامرأته: انّ تزوجت عليك أو بتّ عنك فأنت طالق؟ فقال: إنّ رسول الله ﷺ قال: من شرط لامرأته شرطاً سوى كتاب الله عزّ وجلّ لم يجز ذلك عليه ولا له [3].

٨ـ روى البخاري عن عائشة قالت: جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني، فقالت: إن أحبّوا أن أعدّها لهم، ويكون ولاؤك لي، فَعلْتُ. فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت: انّي قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلاّ أن

١ـ الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١، من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٦.

٢ـ المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١.

٣ـ المصدر نفسه: ج ١٥ الباب ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١.

ورواه أيضاً عن ابن سنان في الجزء ١٥ من الباب ٣٨ من أبواب المهور، الحديث ٢.

يكون الولاء لهم، فسمع النبي ﷺ . فأخبرتْ عائشة النبي ﷺ فقال: خذيها واشترطي لهم الولاء فإنّما الولاء لمن اعتق. ففعلتْ عائشة، ثمّ قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثمّ قال: ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحقّ وشرط الله أوثق، وإنّما الولاء لمن أعتق [١].

ورواه في دعائم الإسلام بلفظ آخر يلحقه بالقسم الأوّل قال: ... ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، يبيع أحدهم الرقبة ويشترط الولاء، والولاء لمن أعتق، وشرط الله له، كل شرط خالف كتاب الله فهو ردٌّ [٢]، وهو نظير رواية عبد الله بن سنان تشتمل على كلا المناطين ولابد من التحكيم.

الثالث: أن لا يكون مخالفاً للسنّة:

٩ـ محمد بن قيس عن أبي جعفر ـعليه السلامـ قال: «قضى علي ـعليه السلامـ في رجل تزوج امرأة وأصدقها، واشترطت عليه أنّ بيدها الجماع والطلاق؟ قال: خالفت السنّة ووليّت حقّاً ليست بأهله قال: فقضى علي ـعليه السلامـ أنّ عليه الصداق وبيده الجماع والطلاق وتلك السنّة [٣].

١٠ـ ابن فضال عن ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ في امرأة نكحها رجل فأصدقته المرأة وشرطت عليه أنّ بيدها الجماع

١ـ البخاري: الصحيح: ٣/ ١٩٢، باب الشروط في الولاء، الحديث ١. ورواه البيهقي في سننه ١٠/ ٢٩٥.

٢ـ شيخنا النوري في المستدرك: ج١٥، الباب ٣٠ من كتاب العتق، الحديث ٢.

٣ـ الفقيه: ٣/ ٢٦٩، برقم ١٢٧٦.

والطلاق، فقال: خالف السنّة ، وولّـى الحق من ليس أهله، وقضى أنّ على الرجل الصداق، وأنّ بيده الجماع والطلاق وتلك السنّة [١].

١١ـ مـروان بن مسلم عن بعض أصحابنـا عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: قلت له: مـا تقول في رجل جعل أمر امرأتـه بيدها ؟ قال: فقـال لي: ولّى الأمر مَن ليس أهله وخالف السنّة ولم يجز النكاح [٢].

وسيوافيك الجمع بين اللسانين.

الرابع: أن لا يكون مخالفاً لشرط الله:

يظهـر من بعـض الـروايـات أنّ المقياس، هـو عـدم المخـالفـة لشرط الله، أو موافقته له.

١٢ـ محمد بن قيس عن أبي جعفر ـ عليه السلام ـ قال: قضى علي ـ عليه السلام ـ في رجل تزوّج امرأة وشرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها، أو اتّخذ عليها سريّة فهي طالـق ، فقضى في ذلك : أنّ شرط الله قبل شرطكم فان شـاء وفى لها بالشرط، وان شاء أمسكها واتّخذ عليها ونكح عليها [٣].

١٣ـ محمد بن قيس، عن أبي جعفر ـ عليه السلام ـ في رجل تزوّج امرأة وشرط لها إن هو تـزوّج عليها امـرأة أو هجرهـا أو اتّخذ عليها سريّـة فهي طـالق، فقضى في ذلك: أنّ شرط الله قبـل شرطكم، فـإن شاء وفى لها بما اشترط، وإن شـاء أمسكهـا

١ـ الوسائل: ج ١٥، الباب ٤٢ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١ .

٢ـ المصدر نفسه: الباب ٤١، من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٥ .

٣ـ المصدر نفسه: الباب ١٣، من أبواب مقدمات الطلاق ، الحديث ٢ .

واتخذ عليها ونكح عليها [١].

١٤ــ العياشي في تفسيره: عن ابن مسلم عن أبي جعفر -عليه السلام- قال: قضى أمير المؤمنين في امرأة تزوجها رجل شرط عليها وعلى أهلها إن تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو أتى عليها سريّة فإنّها طالق؟ فقال: شرط الله قبل شرطكم، إن شاء وفى بشرطه، و إن شاء أمسك امرأته ونكح عليها وتسرّى عليها وهجرها إن أتت بسبيل ذلك قال الله تعالى: ﴿**فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع**﴾ (النساء/ ٣) وقال: ﴿**إلاّ ما ملكت أيمانكم**﴾ (النساء/ ٢٤) وقال: ﴿**واللاتي تخافون نشوزهن**﴾ (النساء/ ٣٤) [٢].

الخامس: أن لا يكون محرِّماً لحلال أو محلِّلاً لحرام:

١٥ـ اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه -عليه السلام-: إنّ علي بن أبي طالب كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإنّ المسلمين عند شروطهم إلاّ شرطاً حرّم حلالاً أو أحلَّ حراماً [٣] وسيوافيك معنى الاستثناء.

السادس: عدم منع الكتاب والسنّة عنه:

١٦ـ روى أبو المكارم في الغنية: «الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنّة» [٤].

١ـ الوسائل: ج١٥، الباب ٣٨ من أبواب المهور، الحديث ١.
٢ـ المصدر نفسه: الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦، قد نقلت الآية فيها مصحّفة فلاحظ.
٣ـ المصدر نفسه: ج١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.
٤ـ الغنية: ٥٨٧ في فصل أسباب الخيار ومسقطاته.

حصيلة الروايات:

١ـ إنّ اشتراط عدم بيع الأمة المشتراة وعدم هبتها ليس مخالفاً للكتاب، لكن شرط عدم كونها مورَّثة مخالف له (الرواية الثالثة).

٢ـ اشتراط كون الطلاق والجماع بيدها مخالف للكتاب وعليه الرواية (٥ و ٩ و ١٠ و ١١).

٣ـ اشتراط عدم التزويج والتسرّي عليها ليس موافقاً للكتاب كالرواية (٧) أو مخالف للكتاب كالرواية (١٢ و ١٣ و ١٤).

٤ـ كون الولاء لغير المعتق ليس موافقاً للكتاب.

إذا عرفت ما ذكرنا يقع الكلام في جهات:

الأُولى: ما هو المراد من كتاب الله فهل المراد هو القرآن المجيد أو مطلق ما كتب الله على عباده من أحكام الدين، وإن بيّنه على لسان رسوله، ذهب الشيخ إلى الثاني بشهادة ما في النبوي من جعل اشتراط ولاء المملوك لبائعه مخالفاً لكتاب الله، مع كون الكتاب العزيز خالياً منه فلابد من تفسير الكتاب بما كتب الله على عباده.

يلاحظ عليه: أنّه خلاف المتبادر من النصوص المتضافرة وأمّا النبوي فالاستدلال مبني على نقل دعائم الإسلام، مع أنّ الوارد في صحيح البخاري وسنن البيهقي هو كل شرط ليس في كتاب الله عزّ وجلّ فهو باطل، لا مخالفاً لكتاب الله ، والأوّل صادق على كون الولاء لبائعه، لخلّو الكتاب منه، فلا ضرورة لتفسير الكتاب بما كتب، نعم على حدّ تعبير الدعائم من عدّه مخالفاً للكتاب

لا محيص من تفسيره بما كتب الله.

والـذي يسهل الخطب، انّ ذكـر الكتـاب لأجل كـونـه من أجلى المصـادر للحكم الشرعـي فالمنـاسبـة المغروسـة في الأذهـان تستـدعي الغـاء الخصوصيـة خصوصاً بالنظر إلى الأصناف الآتية.

الثانية: هل الشرط عدم المخـالفة للكتاب كما هو مفـاد الصنف الأوّل من الروايات أو الموافقة له، والظاهر هو الأوّل، وقد اشتملت الرواية السادسة والثامنة ـ حسب نقـل الدعائم ـ على كـلا الملاكين، فيكـون المراد مـن الموافقـة، عـدم المخـالفـة و إن أبيت إلاّ عن اشتراط الموافقـة، فيحمـل على الموافقـة لعمومـاتـه المرخِّصة إلاّ ما إذا كـان حراماً نظير قولـه سبحانه: ﴿**هو الذي خَلَـقَ لَكُمْ مَا في الأرضِ جَمِيعاً**﴾ (البقـرة/ ٢٩) وما يشـابهه ونظير المقام مـا ورد في حجية أخبـار الآحاد، فدلّ بعضها على حجّية موافق الكتـاب، وأُخرى على كون المخالف زخرفاً وباطلاً[1]. ويؤيد ذلك أنّ دأب القرآن وديدنـه هو بيان المحرّمات، لا المحلّلات وضعـاً وتكليفـاً، فمجـرّد كـونه غير مخالـف للكتـاب يكفي في الحلّيـة والنفـوذ، خصوصاً أنّ الشروط بين المتعـاقدين متوفّرة نـوعاً وصنفاً فترقّب ورودها بـأنواعها وأصنافها فضلاً عن أشخاصها في الكتاب في غير موضعه، فتكون النتيجة مانعية المخالفة لا شرطية الموافقـة فالناظر في الروايات يقدّم مانعيـة المخالفة على شرطية الموافقة.

هذا كلّـه إذا أُريد من الكتـاب القرآن، وأمّـا إذا أُريد منـه الدين وأنّـه رمز للشريعة الإسلامية الغرّاء فبما أنّ لكل موضوع حكماً شرعياً في الشريعة، فلا واسطة بين عدم المخالفة والموافقة، فإذا لم يكن مخالفاً يكون موافقاً قطعاً.

١ـ الوسائل: ج ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي.

الثالثة: هل المراد من السنّة الواردة في الصنف الثالث هو الحكم الوارد في لسان النبي، مقابل وروده في الكتاب، أو المراد منه، هو الطريقة والشريعة الإلهية سواء ورد في لسان النبي أم في القرآن؟ الظاهر هو الثاني لأنّها وردت فيمن جعل الطلاق والجماع بيد الزوجة، ودليل المخالفة هو قوله سبحانه: ﴿**الرجالُ قوّامونَ على النساء**﴾ (النساء/ ٣٤)، ولأجل ذلك استند في رواية إبراهيم بن محرز [١] إلى قوله سبحانه: ﴿**الرجالُ قوّامونَ على النساء**﴾ ، وهذا يعرب عن كون المراد منها هو الشريعة الواردة في المصدرين الرئيسيين:

ويؤيّد ذلك ما ورد في الصنف الرابع من لزوم عدم المخالفة لشرط الله، فإنّ المراد من الشرط الوارد فيه هو حكم الله والالتزام والتعهّد الذي أخذه سبحانه على عباده بواسطة أنبيائه، فعند ذلك يستفاد من الروايات عدم مخالفة الشرط لحكم الله سبحانه على وجه الاطلاق سواء وصل إلينا عن طريق الكتاب أو سنّة النبيّ أو بطريق من الطرق.

والناظر في الأصناف الأربعة يقف على أنّ هدف الجميع هو عدم مخالفة الشرط للتشريع الإلهي وكيف لا يكون كذلك وقد قال سبحانه: ﴿**يا أيُّها الَّذِينَ آمَنُوا لا تقدِّموا بين يدي الله ورسولهِ واتّقُوا اللهَ إنّ اللهَ عليمٌ خبير**﴾ (الحجرات/ ١) إلى غير ذلك من الآيات الحاثّة على عدم المخالفة للتشريع الإلهي.

بقي الكلام في الصنف الخامس الذي ذكر أنّ المانع هو تحريم الحلال وتحليل الحرام، أعني: موثقة إسحاق بن عمار (الرواية الخامسة عشر).

---

١ ـ لاحظ الرواية الخامسة.

وهل المراد منهما، الحلال والحرام التكليفيان كتحريم الطيّبات وتحليل الخبائث، على خلاف ما جاء في قوله سبحانه: ﴿يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ (الأعراف/ ١٥٧) أو المراد خصوص الوضعي منهما، أو الأعم أي مطلق الجائز والممنوع، الأعم من التكليفي والوضعيّ ، وتتضح الحال فيه في المستقبل عند البحث عن الجهة الخامسة.

الرابعة: هل الموصوف بالمخالفة هو الشرط أو المشروط؟!

إنّ الشرط كما في القاموس بمعنى الالزام والالتزام ولعلّ الأوّل ناظر إلى الشارط، والثاني إلى المشروط عليه.

ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ الموصوف بمخالفة الكتاب تارة يكون الالتزام بما هو هو من دون أن يكون الملتزم مخالفاً، وأُخرى الملتزم ، وقد مثل للأوّل بالالتزام بترك التسرّي والتزوّج لصالح الزوجة التي تحتها، فإن الملتزم، أعني: نفس الترك ليس بمخالف للكتاب فإنّ أقصاه، ترك المباح وهو جائز، لكن الالتزام مخالف للكتاب المبيح لهما بقوله: ﴿فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النساء﴾ (النساء/ ٣) وقوله: ﴿إلاّ ما مَلَكَتْ أيمانُكُمْ﴾ (النساء/ ٢٤) ومثّل للثاني بكون الحر أو ولده رقّاً، وثبوت الولاء لغير المعتق، أو توريث الأجنبي.

ثمّ إنّ الشيخ استظهر أنّ المتصف بالمخالفة في بعض الروايات المتقدمة هو الالتزام، وأشار إلى موارد ثلاثة:

١ـ رواية ابن مسلم [1] حيث دلّ على كون اشتراط ترك التزوّج والتسرّي

١ـ الرواية الرابعة عشر : رواية العياشي عن ابن مسلم.

مخالفاً للكتاب وليس المخالف إلاّ الالتزام، لا نفس الترك كما هو واضح.

٢ـ موثقة إسحاق بن عمار: المؤمنون عند شروطهم إلاّ شرطاً حرّم حلالاً، أو أحلّ حراماً فإنّها ظاهرة في أنّ المراد من التحريم والتحليل ما هو فعل الشارط لا الشارع، وما يعدّ فعلاً له، هو الالزام ويلحقه الالتزام من المشروط عليه.

٣ـ مرسلة الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنّة، فإنّ الشرط فيه، بالمعنى المصدري والضمير في قوله «منه» يرجع إليه فيكون المعنى: الالزام والالتزام جائز ما لم يمنع عنه كتاب أو سنّة.

ملاحظات في كون الالتزام محرّماً :

أظن أنّ الذي حمل الشيخ الأعظم على هذا التفسير انّما هو تفسير كون ترك التسرّي والتزوّج مخالفاً للكتاب والسنّة ولولا الرواية الواردة في هذا المجال لما خطر بباله هذا التفسير ، فحاول بهذا التفسير تصوير كونهما مخالفين للكتاب قائلاً بأنّ الالتزام بهما أمر محرّم وإن كان نفس الترك ليس بمحرّم. ومع ذلك يلاحظ على كلامه بوجوه:

١ـ الظاهر أنّ الشرط في جميع الروايات بمعنى المشروط والملتزم، إطلاقاً مجازياً، ولم نجد في الفقه مورداً يكون الالتزام فيه حراماً مع كون الملتزم به مباحاً حتى الالتزام بترك التسرّي والتزوّج الوارد في الحديث فإنّه ليس بمحرّم وذلك لأنّ الالتزام بترك المباح والمستحب أو فعل المكروه ليس بمخالف للكتاب وإنّما هو أخذ بأحد طرفي التخيير.

وأمّا الالتزام بترك الواجب وفعل المحرّم ــ فمضافاً إلى أنّه ليس بحرام وإنّما

هو من مصاديق التجرّي ـ أنّه خارج عن محل الكلام فإنّ الكلام فيما إذا كان الملتزم أمراً مباحاً، لا محرّماً.

وعلى ضوء ذلك فلا ملزم لتفسير الشرط فيها أو في بعضها بالالتزام وأمّا الاستشهاد بالموارد الثلاثة فنقول:

أمّا رواية العياشي: فلو صحّ الاستدلال بها فالذيل دال على أنّ المخالف للكتاب هو الملتزم بشهادة الاستدلال فيها بالآيات الثلاث على أنّ الشرط مخالف للكتاب فالمخالف لقوله سبحانه: ﴿**فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع**﴾ هو نفس الملتزم، أي ترك التزويج بأزيد من واحد والمخالف لقوله سبحانه: ﴿**إلاّ ما ملكت أيمانكم**﴾ هو ترك التسرّي، والمخالف لقوله: ﴿**والذِينَ تَخافُون نِشُوزَهُنَّ فِعظوهُنَّ واهجِروهُنَّ**﴾ هو ترك الهجر إذا تحقّق سببه، فاشتراط ترك التزوّج والتسرّي والهجر عند النشوز، على خلاف الكتاب. هذا مفاد الرواية وأمّا عدم اضرار هذا النوع من المخالفة، مع أنّ الإمام عدّه شرطاً فاسداً فهو أمر آخر لا يكون سبباً لجعل الموصوف لها نفس الالتزام لا الملتزم كما صنعه الشيخ الأعظم. والذي يسهّل الخطب أنّها ليست بحجّة لارسالها كما سيوافيك، وعلى فرض تسليم حجيتها فلها تفسير آخر كما سيأتي.

وأمّا موثقة إسحاق بن عمّار،فإنّ الظاهر هو الملتزم،وذلك لأنّ قوله«شرطاً» مفعول به لقوله «شرط» لا مفعول مطلق والمراد من شرط شيئاً، أي ملتزماً.

وأمّا مرسلة الغنية فمضافاً إلى ارسالها فغير متعيّنة في كون الشرط بمعنى الالتزام، بل يصح إذا فسّر بمعنى الملتزم.

والحاصل أنّ الروايات تهدف إلى القضايا والأحكام التي يتعلّق بها الالتزام،

وتدل على أنّ الشروط الملتـزم يجب أن تكون غير مخالفـة لهما ولا صلة لها بما يكـون نفس الالتزام به حراماً مع كون المتلزم مباحاً.

الخامسة: اشتراط ترك المباح ليس مخالفاً للكتاب:

هل يعدّ شرط ترك المباح أو تـرك المستحب، وفعل المكروه وبعبارة مختصرة: شرطهـا فعلاً وتركـاً مخالفاً للكتاب أو لا ؟ فالحق هـو الثاني إذ لا شك أنّ اشتراط أيّ عمل من الفعل والترك يوجد ضيقاً على المشروط عليه ويخرج المشروط في محيط التعامل عـن حدّ التساوي، وهذا مـا يسمّى بالإيجاب أو التحـريم الشرطيين فلو كان المشروط عليـه قبل الاشتراط مخيّـراً بين الفعل والترك لخرج بعـد الاتفاق، عن الحرّية وصار ملزمـاً بالفعل أو الترك. وبما أنّ الشرط الصحيح غير منحصر بفعل الواجب أو ترك الحرام، بل يعمّ فعل المباح والمستحب والمكروه أو تركها فلا يكون شرطها فعلاً أو تركاً مخالفاً للكتاب ولا تحريماً للحلال.

وإن شئت قلت: إنّ المفروض أنّ الشـارع لم يُلزم الأخذ بأحـد الطرفين، بل أخبر عـن التسـاوي أو رجحـان أحـد الطـرفين، مع عـدم لـزوم الأخـذ بهذا الـرجحان فإذا شرط الشـارط، فعل مبـاح أو تركـه ومثله الآخـران، لا يعد شرطـاً مخالفاً للكتاب ، لأنّه أخـذ بأحد الطرفين اللذين خيّـره الشـارع في مقام الأخـذ بينهـما، وليس شرطية ترك المباح إلاّ طلـب تركه لما فيه مصلحته، لا تحريم الفعل عليه بـأن يشترط عليه أن لا يكون المبـاح مباحـاً أو المكروه مكروهـاً أو المستحب مستحبّاً عليـه حتى يقال إنّـه مخالف للكتاب، بـل الشارط مع التكـريم للتشريع الإسلامي، يطلب من الآخر أن يأخذ ذاك الطرف أو ذلك من دون أن تمس كرامة التشريع.

والـذي يدل على ذلك أنّـه لو كـان شرط هذه الأُمـور تركـاً وفعلاً، مخالفـاً للكتاب والسنّة، يلـزم انحصار مورد صحّة الشرط في اشتراط فعل الـواجب وترك الحرام، ومن المعلوم بطلانه.

وتصوّر أنّ اشتراط الترك، تحريم للحـلال أي المباح وأخويه فيكـون داخلاً في الاستثناء الوارد في موثقة إسحاق بن عمّـار غير تام، لأنّه تحريم شرطي لا ينافي حكم الشرع ولا يخالفـه بل هـو اتفاق منهما على الأخـذ بأحـد عـدلي التخيير مع الاحترام الكـامل بـالتشريع الإسـلامـي. فعلى هـذا، لا يعد تـرك التسرّي مخالفـاً للكتاب مع أنّ ظاهر الروايات السابقة خـلافه، فهذا هو الذي نطرحه في البحث التالي.

السادسة: هل اشتراط ترك التسرّي والتزوّج مخالف للكتاب؟

إنّ وزان ترك التزوّج والتسرّي والهجرة، وزان سائر المباحات التي خُيِّـر فيها المكلف بين الفعل والترك، تخييراً تشريعيـاً، فالتـزام أحد الطـرفين لأجل مصـالـح دنيوية، لا يكون من قبيل تحريم الحلال، بل لا يكون اشتراط جميع المباحات، تركاً وفعلاً من هذه المقولة فلو اشترطت الـزوجة على الزوج أن لا يأكل البصل وكلّ ما له رائحة مؤذية ما دامت هي في حبـالته، أو أن لا يقوم لصلاة الليل لكونها تؤدّي إلى انتباهها. لا يعد مخالفاً للشرع.

فإن قلـت: إذا كان هـذا وزان شرط تـرك التسرّي والتزوّج، فلماذا وصفـا في بعض الروايات بما يوهم أنّه خلاف الكتاب.

قلـت: قـد وردت في المقـام روايـات سبعـة تجب دراستهـا حتى يعلـم أنّ اشتراطهما ليس مخالفـاً للكتاب ولـو عدّ مخالفاً فـإنّما هو لأمـر آخر. إنّ الـروايات

الواردة في الموضوع على أقسام ثلاثة:

ألف: ما يدل على صحّة الاشتراط.

ب: ما يدل على عدم صحّته لأجل بطلان ما يترتّب عليه.

ج: ما يوهم عدم صحّته لنفسه.

أمّا القسم الأوّل فتدل عليه:

١ـ رواية عبد الرحمان بن أبي عبد الله انّه سأل أبا عبد الله ـعليه السلامـ عن رجل قال لغلامه: اعتقتك على أن أزوّجك جاريتي هذه، فإن نكحت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك فنكح أوتسرّى، أعليه مائة دينار ويجوز شرطه؟ قال: يجوز عليه شرطه [١].

٢ـ رواية محمد بن مسلم عن أحدهما ـعليهما السلامـ في الرجل يقول لعبده: أعتقك على أن أزوّجك ابنتي فإن تزوّجت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك وزوّجه فتسرّى أو تزوج . قال: عليه شرطه [٢].

وأمّا القسم الثاني: أعني: ما يدل على أنّ بطلان الاشتراط لأجل ما يترتب عليه، وهو وقوع الطلاق بنفس عدم الوفاء بالشرط من دون حاجة إلى حضور العدلين وكونها في غير طهر المواقعة وغيرهما من الشروط فهو عبارة عن ما يلي:

٣ـ رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله في رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسرّيت فهي طالق. قال: ليس ذلك بشيء إنّ رسول الله ﷺ قال: من

١ و ٢ ـ الوسائل: ج١٦، الباب ١٢، من أبواب كتاب العتق، الحديث ١ و ٤.

اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه [١].

٤ـ محمد بن قيس عن أبي جعفر -عليه السلام- في رجل تزوّج امرأة وشرط لها إن هو تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق، فقضى في ذلك: إنّ شرط الله قبل شرطكم فإن شاء وفى لها بما اشترط وإن شاء أمسكها واتّخذ عليها ونكح عليها [٢].

والمراد من قوله: «شرط الله قبل شرطكم» لزوم كون الطلاق في حضور العدلين وكونها في طهر غير المواقعة وغيرهما من الشرائط.

نعم ظاهر قوله «فإن شاء وفى لها بما اشترط ...» إنّ الشرط ممّا يمكن الوفاء به وبما أنّ الشرط، أعني: شرط النتيجة، لا يمكن الوفاء به. لا محيص من العدول عن هذا الظاهر، بالتفريق بين الجملتين بحمل قوله: «شرط الله ...» على توقّف الطلاق على الشروط، وحمل قوله «فإن شاء وفى بما اشترط» على ترك التزوّج والتسرّي، لا يتزوّج ولا يتسرّى حفظاً للوئام.

وهذا النوع من الطلاق، هو المعروف بالطلاق المعلّق أو الحلف عليه:

قال السبكي الشافعي: إنّ الطلاق المعلّق، منه ما يعلّق على وجه اليمين، ومنه ما يعلّق على غير وجه اليمين، فالطلاق المعلّق على غير وجه اليمين كقوله: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، أو إن أعطيتِني ألفاً فأنت طالق، والذي على وجه اليمين كقوله: إن كلّمت فلاناً فأنت طالق، أو إن دخلت الدار فأنت طالق، وهو الذي يقصد به الحث أو المنع أو التصديق، فإذا علّق الطلاق على هذا الوجه ثم وجد المعلّق عليه، وقع الطلاق [٣]. أي على قاعدتهم.

---

١ و ٢ ـ الوسائل: الجزء ١٥، الباب ٣٨، من أبواب المهور، الحديث ٢ و ١.

٣ـ الدرة المضيئة.

وعلى هذا فالروايـات وردت لردّ فتوى العامّة القائلة بـالجواز وقد تضافرت الروايات عن أئمّة أهل البيت على أنّ الحلف على العتاق والطلاق وصدقة الأموال باطل [١].

٥ـ ويقـرب من هـذا القسم: رواية حمادة أخـت أبي عبيدة الحذّاء قـالت: «سألت أبا عبد الله ـعليه السلام ـ عن رجـل تزوّج امـرأة وشرط لها أن لا يتزوّج عليهـا ورضيت أنّ ذلك مهـرها، قال أبـو عبد الله ـعليه السلام ـ: هذا شرط فـاسد لا يكـون النكاح إلاّ على درهم أو درهمين [٢].

دلّت الروايـة على أنّ فساد الشرط إنّما هو لأجل أنّه جعل نفـس ترك التزوّج مهراً وأنّه لا يصلح له ولو كان نفس الشرط، فـاسداً، لكان نسبة الفساد إليه أولى، لأنّ التعليل بالذاتي أولى من التعليل بالعرضي.

وعلى ضـوء هـذه الـروايـات الثـلاث، إنّ اشتراطهما صحيـح بشـرط أن لا يترتّب عليه أمـر فاسد، كتحقّـق الطلاق بلا شروطـه أو صحّة النكاح بـلا مهر أبداً.

٦ـ ومثله روايـة زرارة: إنّ ضريسـاً كانـت تحته بنـت حمران، فجعل لها أن لا يتزوّج عليها ولا يتسرّى أبـداً في حياتها ولا بعد موتها، على أن جعلـت له هي أن لا تتـزوّج بعـده أبـداً وجعـلا عليهما من الهدي والحج والبـدن وكـل مـال لهما في المساكين إن لم يفـ كل واحد منهما لصاحبه، ثمّ إنّه أتى أبا عبد الله فذكر ذلك له، فقـال: إنّ لابنة حمران لحقـاً ولن يحملنـا ذلـك على أن لا نقول لـك الحقّ، اذهب

١ـ الوسائل: ج ١٦، الباب ١٤ من أبواب كتاب الأيمان لاحظ روايات الباب.

٢ـ المصدر نفسه: ج ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ١.

فتزوّج وتسر فـإنّ ذلك ليس بشيء وليس عليـك ولا عليها، وليس الـذي صنعتما بشيء[١].

والظاهر أنّ عدم النفوذ لأجل أنّـه لا تكون الأموال صدقة بنفس الشرط[٢] فإنّها مثل الطـلاق الذي يحتـاج إلى قصد القربـة وصيغة خاصـة، هذا كلّـه حول القسمين الأوّلين.

وأمّـا القسم الثـالـث: أي ما يبـدو منـه كـون نفس الشرط فـاسـداً مخالفـاً للكتاب، لا باعتبـار ما يترتب عليه من الطلاق. فهو روايـة ابن مسلم التي رواها العيـاشي مـرسـلاً وقـد مـرّت بـرقـم ١٤ فصـدرهـا ظـاهـر في أنّ بطـلان الشرط لأجل بطـلان مـا يترتّب عليـه حيث قـال: «إن تزوّج عليهـا امـرأة أو هجرهـا أو أتى عليهـا سرية فإنّها طـالق فقال: شرط الله قبل شرطكـم، فهو مثل روايـة محمد ابن قيس. ولكـن الذيل يـوهم أو يـدل على أنّ بطلان الشرط لأجل كـونه مخالفـاً للكتاب، حيث أخـذ الإمام يستدل على بطـلان الشروط الثلاثة، بالآيـات الواردة فيها.

ولكن الروايـة مرسلة أوّلاً، ومضطـربة ثانيـاً، ومشتملة على لحن[٣] في نقل الآية ثالثاً ففيها: «وأُحلّ لكم ما ملكت أيمانكم» مع أنّ الوارد في الكتاب: **﴿أو ما ملكت أيمانكـم﴾** (النساء/ ٣) و: **﴿إلاّ مـا ملكـت أيمانكـم﴾** (النساء/ ٢٢) ولا يمكن تصـديق مضمـونه رابعـاً إذ من المعلـوم أنّه ليس هنـا أيّة مخالفـة لا في الالتـزام ولا في الملتزم، إلاّ بـوجـه آخر سيجيـئ بيانـه عنـد الكلام عـن التحليل

١ـ الوسائل: ج ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٢.
٢ـ المصدر نفسه: ج ١٦ من كتاب الأيمان، الحديث ١٢.
٣ـ ويكون دليلاً على عدم كون الراوي ضابطاً في نقل الرواية.

والتحريم.

إلى هنا اتضح أنّ اشتراط المباحات تركاً وفعلاً، بل ترك المستحبات وفعل المكروه، ممّا لا يعد مخالفاً للكتاب ولا محرّماً للحلال إلاّ إذا كان على وجه يعد مخالفاً للكتاب ومصداقاً لتحريم الحلال كما سيوافيك بيانه عند البحث عن موثقة إسحاق بن عمّار في الجهة السادسة.

السابعة: في تميّز المخالف عن الموافق:

هذه الجهة من البحوث، لها الأهمية الخاصة وهي التعرّف على الضابطة التي يميّز بها المخالف من الموافق، وقد أفاد الشيخ في بيان الضابطة ما يلي:

انّ حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه ومجرداً من ملاحظة عنوان آخر طارئ عليه ولازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت هذا، وثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع ومثال ذلك أغلب المباحات والمستحبّات والمكروهات بل جميعها حيث إنّ تجويز الفعل والترك إنّما هو من حيث ذات الفعل فلا ينافي طروء عنوان يوجبه كالنذر أو كونه مقدمة لواجب.

وقد يثبت له لا مع تجرّده عن ملاحظة العناوين الخارجة الطارئة عليه ولازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم، وثبوت حكم آخر له، وهذا نظير أغلب المحرّمات والواجبات فإنّ الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيّد بحيثية تجرّد الموضوع إلاّ عن بعض العناوين كالضرر والحرج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهتها فلابدّ من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج ـ ثمّ قال: ـ إنّ المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني لا الأوّل.

ولمّا كان جواز التزوّج والتسرّي من قبيل القسم الأوّل وكان لازم ذلك أن لا يعد تركهما مخالفاً للكتاب ، ولكن الروايات السابقة ، عدّت اشتراط تركهما مخالفاً للكتاب ، حاول توجيه الروايات بوجهين مذكورين في الكتاب.

وعلى ذلك فإن حصل للفقيه التمييز وإلاّ يرجع إلى الأصل وهو أصالة عدم المخالفة فيكون المرجع هو عموم «المؤمنون عند شروطهم» فإنّ الأصل ينقّح موضوع المخصّص ويثبت أنّ المقام ليس من أقسام المخالف، فإذا شككنا في أنّ تسلّط الزوج على الزوجة من حيث المسكن، من أيّ واحد من القسمين، يقول إنّ الأصل عدم ثبوت التسلّط للزوج في صورة إلزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن، نعم الأصل مرجع حيث لا يكون للدليل إطلاق كما هو الغالب[1].

ولبُّ مراده: أنّ أدلّة المباحات لها اطلاق أُفراديّ يشمل الحكم جميع الأفراد مثل قولنا: الملح حلال ولكن ليس لها إطلاق أحوالي يعم جميع الحالات مثل نهي الوالد عنه وفي مثله يقدم حكم جميع العناوين الطارئة عليه، حتى الشرط من حيث وجوب الوفاء فيكون من باب التزاحم فيقدّم الأهم وليس كلامه فيما إذا لم يكن لدليل الحلّية أيّ إطلاق لا أفرادياً ولا أحوالياً إذ يلزم حينئذ عدم تأثير الشرط في رفع الحكم مع أنّ المفروض من كلامه خلافه وهذا بخلاف أدلّة المحرّمات كلّها، فلها الاطلاق في كلا الجانبين فهي متعرّضة لثبوت الحكم على جميع الأفراد حتى مع جميع الطوارئ إلاّ الضرر والحرج فعندئذ يقع التعارض بينها وبين أدلّة الطوارئ فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج هذا بالنسبة إلى سائر الطوارئ،

١ـ الخيارات: ٢٧٧ـ ٢٧٨.

وأمّا الشرط الطارئ فيقدم دليل الحكم على دليل وجوب الوفاء للنصوص المتضافرة.

هذا توضيح مرامه.

يلاحظ عليه **أوّلاً**: أنّ الذي حمله إلى التقسيم الثنائي هو تعميم الشرط المخالف إلى الالتزام المخالف، والملتزم المخالف، فجعل المباحات واختيها من القسم الأوّل، فالمخالف فيها هو نفس الالتزام باللزوم فعلاً أو تركاً وأمّا الملتزم أعني نفس الفعل أو الترك فليس مخالفاً كما جعل المحرّمات من قبيل القسم الثاني وعلى ضوء ما ذكرنا من كون الشرط بمعنى المشروط والملتزم، لا ملزم لهذا التقسيم. بل تكون الأحكام الشرعية التكليفية والوضعية والالزامية وغيرها في درجة واحدة، فيكون كل ملتزم مخالف لها بتمام أقسامها مردوداً، وسيوافيك بيان تصوير كون الملتزم مخالفاً حتى في المباحات والمستحبّات والمكروهات ولا ينافيه الاتفاق على شرط المباح وأخويه في العقد، فإنّ الممنوع غير الجائز فانتظر.

وثانياً: لا فرق بين أدلّة المحرّمات والواجبات وغيرها، فكما أنّ القسم الثاني ساكت عن ثبوت الحكم عند عروض الطوارئ، فهكذا القسم الأوّل، وذلك لما أوضحناه في محلّه من أنّ معنى الاطلاق ليس هو لحاظ سريان الحكم إلى جميع الحالات والطوارئ بل معناه كون ما وقع تحت دائرة الحكم تمام الموضوع وذلك في كلا القسمين على حدّ سواء، فلو كان القسم الثاني من باب التزاحم كان القسم الأوّل كذلك من غير فرق غاية الأمر يقدّم حكم الطوارئ على المباحات بخلافه في المحرّمات، وذلك لأنّ المزاحم للواجب أو الحرام لا يَغلب عليهما إلاّ إذا كان في غاية القوّة مثل الضرر والحرج، بخلاف مزاحم المباح فإنّ العنوان الطارئ إذا كان واجباً أو حراماً يقدّم عليه، فلا وجه في جعل التقديم في المباحات من باب

التزاحم والآخر من باب التعارض.

وثالثاً: انّ طروءعناوين النذر والعهد، واليمين، لا يغيّر الأحكام الثابتة للأفعال بما هي، فصلاة الليل إذا تعلّق بها النذر، لا تكون واجبة، بل هي باقية على استحبابها وإنّما الواجب هو الوفاء بالنذر، ولا يتحقّق الوفاء به إلاّ بالاتيان بها بوصف كونها مستحبّة.

فما يظهر منه ـ قدّس سرّه ـ من أنّ الأحكام على قسمين قسم يقبل التغيير بالشرط لأجل تغيير موضوعه، وقسم لا يقبل كأنّه في غير محلّه، وقد أوضحنا حاله في الأبحاث الأُصولية عند البحث عن اجتماع الأمر والنهي فلاحظ.

ورابعاً: إنّ الأصل الذي تمسّك به أصل أزلي، ليس بحجّة وقد أوضحنا حال أمثاله في الأُصول وقلنا: إنّ ما له حالة سابقة ليس موضوعاً للحكم، وما هو موضوع للحكم فاقد لها.

ما هي الضابطة في تمييز المخالف عن غيره:

إنّ توصيف الشرط بالوفاق والخلاف في جميع الأحكام على حد سواء، فكل شرط يعد مخالفاً للحكم الوارد في الكتاب والسنّة فهو مردود من غير فرق بين الالزاميات وغيرها وما ليس كذلك فهو مقبول من دون أن يختص الخلاف بالالزاميات والوفاق بغيرها بل نسبة الجميع إليهما على حد سواء.

توضيحه: الأحكام الشرعية الواردة في الكتاب والسنّة وأخبار العترة الطاهرة، كلّها قوانين إلهية شرّعت لإسعاد البشر، فلو عمل بها لساقته إلى أعلى درجات الكمال، وبما أنّ النبيّ الأكرم خاتم الأنبياء، وكتابه خاتم الكتب، ورسالته خاتمة الرسالات أضفى سبحانه لشريعته، وصف الثبات والبقاء إلى يوم

القيامة، فحلاله وحرامه باقيان إلى يوم البعث.

ولكن البشر الجاهل ربّما يتلاعب بأحكامه سبحانه بطرق وحيل فيخالف ما سنّه وشرّعه، لكن بصورة قانونية، فيجمع ـ بزعمه ـ بين الهوى والشرع، فأراد سبحانه أن يسدّ هذا الباب في وجهه ليصون بذلك أحكامه عن التلاعب فحكم أنّه:

١ـ ليس لأحد المتعاملين إشتراط ما خالف كتاب الله وسنّة رسوله بحجّة قوله سبحانه: ﴿**أَوْفُوا بِالعُقُود**﴾ (المائدة/ ١).

٢ـ لا يصحّ الحلف على ما حرّمه سبحانه، لئلاّ يعصيه بحجة: ﴿**وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ**﴾ (المائدة/ ٨٩).

٣ـ ليس لأحد نذر أمر حرام لئلاّ يرتكبه متمسّكاً بقوله: ﴿**يُوفُونَ بِالنَّذْرِ**﴾ (الانسان/ ٧).

ولأجل ذلك تضافرت عنهم أنّه لا يمين في معصية [1] ولا نذر في معصية [2].

فأحكامه سبحانه، لها كرامتها الخاصة لا يصحّ التلاعب بها، ولا مسّها بسوء، أي بهذه العناوين بل نسخها وتخصيصها أو تحديدها إلى أمد كالضرر والحرج بيده سبحانه، ليس لأحد سواه أيُّ تدخل في شؤون التشريع.

فإذا كان الأمر كذلك فلا فرق بين الأحكام الوضعية والتكليفية، ولا بين الأحكام الالزامية وغيرها فلا يجوز إيجاد أي خدش فيها. بل تجب صيانتها عن أيّ تصرّف.

---

١ و ٢ـ الوسائل: ج ١٦، الباب ١١ من كتاب الأيمان والباب ١٧ من كتاب النذر والعهد.

إذا وقفت على ذلك فلنبحث عن كلّ واحد من الأقسام الثلاثة للأحكام الالهية ونبيّن وجه المخالفة حتى يتميّز المخالف عن ما ليس كذلك.

١ـ الأحكام الوضعية:

التشريع الإسلامي يتضمّن أحكاماً وضعية في مجال العقود والايقاعات والسياسات فهي أحكام ثابتة ليس لنا مس كرامتها في مورد، أو موارد أو زمن خاص، فإليك بعض الأمثلة:

١ـ الولاء للمعتِق، فجعله لغيره مخالف له.

٢ـ الطلاق والجماع بيد الزوج فجعلهما بيد الزوجة يخالفه.

٣ـ التركة كلّها تورّث، فاشتراط عدم موروثية الأمة عند البيع، يخالفه[1].

٤ـ التركة كلّها للوارث، وتسهيم الأجنبي وتوريثه يخالفه.

٥ـ الزوج والزوجة يتوارثان على ضابطة خاصّة واشتراط ضابطة أُخرى في عقد النكاح يخالفها.

٦ـ ولد الحر محكوم بالحرية واشتراط رقيته عند تزويج الأمة إياه يخالفه.

وبذلك تبيّن حال جميع الأحكام الوضعية فهي لا تقبل الخلاف والنقاش، وإليك البحث في الشروط التكليفية:

١ـ مرسلة ابن سنان عن أبي عبد الله عن الشرط في الاماء: لا تباع ولا توهب، قال: يجوز ذلك غير الميراث فإنّها تورث كلّ شرط خالف الكتاب فهو باطل، الوسائل: ج١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢ـ الأحكام التكليفية الالزامية:

إنّ الشرط المخالف للحكم التكليفي الالزامي يتصوّر على وجهين:

ألف: أن ينكح المرأة على أساس أن يحلّ له وطؤها في المحيض أو يحل ترك القسم، وترك الوطء على أربعة أشهر إلى غير ذلك ممّا يعد عدواناً وتجاوزاً على تشريعه سبحانه.

وهذا النوع من المخالفة غير رائج بين المسلمين وإنّما ذكرناه لاستيعاب الأقسام ولو تعلّق غرضه بمورد الشرط كالوطء في المحيض وترك القسم، فإنّما يتعلق بنفس العمل، لا حلّيته وهو القسم الآتي.

ب: يبيعه العنب ويشترط عليه جعله خمراً، أو يستأجر الأجير ويشترط عليه الافطار حتى يقوم بالعمل كاملاً، إلى غير ذلك من الأُمور المحرّمة التي يطلب الشارط فعلها أو الواجبة التي يطلب تركها.

وهذا النوع من الاشتراط ذائع جدّاً وما ذلك إلاّ لأجل أنّ الشارط لا يهمّه إلاّ العمل الخارجي وهو لا يطلب سوى نفس العمل من الوطء وترك القسم وجعل العنب خمراً، وترك الصيام أيّام عمله في المعمل سواء أكان حلالاً أم حراماً، واجباً أم غير واجب. نعم ربّما يتصوّر قصور شمول الروايات لهذا القسم، قائلاً: بأنّ نفس العمل ليس مخالفاً للكتاب، وإنّما فيه المخالفة له [١].

يلاحظ عليه: أنّ الموجود في الكتاب وإن كان هو الحكم الشرعي من الحرمة والوجوب، والمشروط نفس العمل، أعني: جعل العنب خمراً وترك الصيام، وأين

١ـ تعليقة المحقّق الايرواني، قسم الخيارات: ٦٢.

العمل المشروط، من الحكم الموجود في الكتاب، لكنّه دقّة فلسفية غير مطروحة للعرف المخاطب بهذه الخطابات والأحكام.

فالعرف الدقيق إذا سمع قوله سبحانه: ﴿ولا تَعاوَنُوا عَلَى الإثْمِ والعُدْوان﴾ (المائدة/ ٢) وقوله: ﴿كُتِبَ عَلَيكُمُ الصِّيامُ﴾ (البقرة/ ١٨٣) ورأى أنّ المتبايعين اتّفقا على تنفيذ جعل العنب خمراً، وترك الفريضة (الصيام)، يحكم ـ بلا شك ـ أنّ الشرطين على خلاف الكتاب من دون التفات إلى أنّ الموجود في الكتاب حكم، والملتزم به عمل، ما ذلك إلاّ لأنّ المطلوب في الحكم هو العمل.

٣ـ الأحكام التكليفية غير الالزامية:

والمراد منها الاباحة وأخواها، فلا يصح شرط ينتج منه تحليل الحرام، فإنّه مردود بموثقة إسحاق بن عمّار المتقدمة.

وقد ورد مضمونها في باب الصلح واليمين، أيضاً روى الصدوق في الفقيه مرسلاً قال: قال رسول الله: البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه، والصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحاً أحلّ حراماً وحرّم حلالاً [١].

روى عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله ـعليه السلامـ يقول: لا تجوز يمين في تحليل حرام ولا تحريم حلال ولا قطيعة رحم [٢].

روى أبو الربيع الشامي عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ: لا تجوز يمين في تحليل حرام ولا تحريم حلال ولا قطيعة رحم [٣].

١ـ الوسائل: ج١٣، الباب ٣ من كتاب الصلح، الحديث ٢.

٢ و ٣ـ الوسائل: ج١٦، الباب ١١ من كتاب الأيمان، الحديث ٧ و ٦.

إنّما الكلام في تصوير المخالفة في هذا النوع من الأحكام.

إنّ الفقيه الباحث عن موثقة إسحاق بن عمّار غير غني عن مراجعة الروايات الواردة في باب أنّ اليمين لا ينعقد في معصية. وقد اكتفينا بهذا المقدار.

يتصوّر اشتراط المباح وأخويه فعلاً وتركاً على وجهين:

١ـ أن يطارد الحكم الشرعي وينازعه ويتدخّل في سلطان الله كأن يشترط أنّ بيدها الطلاق والجماع، أو بيدها حقّ تعيين المسكن لا بيده، أو أن لا يكون للزوج حقّ التسرّي والتزوّج إلى غير ذلك ممّا ينازع سلطان الله وتشريعه، فقد جعل الشارع، الطلاق والجماع بيده، كما جعل حقّ تعيين المسكن له، كما أعطى له حقّ التزوّج والتسرّي، فأيّ اشتراط يطارد ذلك الحقّ ويسلبه عن الزوج ويدفعه إلى الزوجة، أو يسلبه عنه، وإن لم يدفعه إلى الآخر، فهذا كلّه من قبيل تحريم الحلال.

وعلى هذا تحمل رواية ابن مسلم المرسلة وإلاّ فليس نفس الترك ولا الالتزام به أمراً محرّماً، وإنّما المحرّم هو الاشتراط على نحو ينازع تشريعه سبحانه في سلب هذا الحق عن الزوج بعد ما أعطاه الله سبحانه.

٢ـ ما لا يطارد الحكم الشرعي ولا ينازعه، وهو أنّه إذا اشترطت عليه أن يختار أحد الطرفين من الفعل والترك ما دامت هي في حياتها، كما إذا اشترطت عليه أن لا يتزوّج ولا يتسرّى عليها ما دامت في حبالته، لا بمعنى أنّه ليس له هذا الحق، بل مع تسليمه له، تشترط عليه أن يختار من الحلال ذاك الطرف، لا الطرف الآخر، أو اشترطت عليه أن لا يخرجها من بلد والديها مع تسليم كون الحق له، فإنّ هذا النوع من الاشتراط ليس تحريماً للحلال، ولا سالباً للحق، ولا يعدّ تدخّلاً في تشريعه سبحانه.

وبذلك تقدر على تمييز الموافق عن المخالف من دون حاجة إلى الميزان الذي ذكره الشيخ، فإنّ كل ملتزم يعدّ مخالفاً لنفس التشريع بالدلالة المطابقية فهو شرط مخالف في المجالات الثلاثة: الوضعية، والتكليفية الالزامية، والتكليفية غير الالزامية، كما مرّ. وكل شرط لا يكون بالدلالة المطابقية مخالفاً لما شرّعه الشارع فلا يعدّ مخالفاً، كما إذا ألزمته على الأخذ بأحد طرفي الحلال طيلة عمره.

وفي الختام نؤكّد على أنّ تمييز الشرط الحلال عن الحرام أو عن ما فيه المعصية، رهنُ دراسة مجموع ما ورد في هذا المجال في أبواب مختلفة، كالصلح، والشروط، واليمين، والنذر، وغير ذلك حتى يخرج بنتيجة واحدة، وهي أنّ المقياس تطابق نفس الشرط أو مخالفته للكتاب والسنّة حرفاً بحرف من دون حاجة إلى المقياس الذي أفاده الشيخ.

ثمّ إنّ الفارق بين ما ذكرنا وما ذكره الشيخ من وجوه:

١ـ انّ الخلاف والوفاق وصفان للملتزم في جميع الموارد.

٢ـ انّ الملتزم يتّصف بأحد الأمرين إذا قيس إلى الحكم الموجود في الكتاب والسنّة، مع قطع النظر عن أدلّة الشروط واليمين والعهد والنذر، فإذا كان مخالفاً يرد، دون ما إذا كان موافقاً، ولا تصل النوبة إلى أدلّة الشروط حتى يقع التعارض أو التزاحم بين دليلي الحكمين.

٣ـ أنّ الشروط المخالفة، تردّ بحكم الأدلّة وأمّا الشروط الموافقة فلا تغيّر الموضوع حتى يتغيّر حكمه، بل الحكمان ثابتان كلّ على موضوعه، فنهي الوالد عن أكل الملح لا يغيّر حكمه، بل الإطاعة تكون واجبة بترك أكل الملح المباح.

٤ـ أنّ شرط المباح والمستحب والمكروه فعلاً وتركاً، لا يعدّ مخالفاً للشريعة إلاّ إذا تضمّن سلب الحق المشروع عن المشروط عليه، وعلى ذلك تحمل مرسلة ابن مسلم التي أوجدت غلقاً في البحث وقد كنّا عازمين على طرح نظرية المحقق النراقي في العوائد وما ذكره المحقّق القمّي، فاكتفينا بما حقّقناه وإن كان ما ذكرناه قريباً ممّا اختاره النراقي ـ قدّس سرّه ـ. وأنت إذا تدبرت فيما ذكرناه في المقام تقدر على القضاء في سائر الكلمات.

الشرط الخامس: أن لا يكون مخالفاً لمقتضى العقد:

وتحقيق المقام يستدعي البحث عن أُمور:

الأوّل: ما هو المراد من المخالف لمقتضى العقد؟

إنّ الشرط إمّا أن يكون مخالفاً لماهية العقد، أو مخالفاً لمقتضاه ومُنشئه، أو مخالفاً للازمه العرفي أو الشرعي.

فلو باع بلا ثمن، أو آجر بلا أُجرة فهو مخالف لماهية العقد، فإنّ البيع ربط بين المالين وتبادل بينهما، والاجارة ربط بين العين والأُجرة، أو بين العمل والأُجرة، وعلى كلّ تقدير يتقوّمان بمالين، أو بعمل ومال، فالبيع بلا ثمن أو الاجارة بلا أُجرة أشبه بأسد لا رأس ولا بطن ولا رجل له، فمثل هذا الشرط يطارد ماهية العقد وحقيقة المعاملة.

ولو باع ولكن شرط أن لا يملك المبيع أبداً بل ينعتق، أو يكون وقفاً أو ملكاً لابنه وغير ذلك، يكون مخالفاً لمقتضاه، وذلك لأنّ مفاد عقد البيع، إنشاء ملكية

المثمن للمشتري بدل إنشاء ملكية الثمن للبائع، فلو باع مع اشتراط عدم تملّك المشتري، المبيع مع خروج الثمن عن ملكه، يكون مناقضاً لمقتضاه.

ولو باع وشرط عدم تسليمه إليه مطلقاً، فالشرط وإن لم يكن منافياً لماهية العقد ولا مقتضاه فإنّ هناك تبادلاً بين المالين وإنشاءً لمالكية كل من المتبايعين المثمنَ والثمنَ، ولكن لما كانت الغاية من البيع هي السيطرة على المبيع، فاشتراط عدمها في نظر العرف مساوق لعدم مالكيته ، فهي من اللوازم العرفية التي يساوق نفيها، نفي المقتضي وإن لم يكن في الواقع كذلك.

ونظيره ما إذا شرط عدم التصرّف في المبيع طيلة عمره لا خارجياً ولا اعتبارياً مثل العتق، فيكون مساوقاً لعدم المالكية. نعم إذا شرط سلب بعض التصرّفات ككونه مسلوب المنفعة سنة، أو شرط خصوص عدم بيعه أو إجارته، أو شرط بيعه من شخص خاص، مع عدم المنع عن سائر التصرّفات، فلا يعد مخالفاً لمقتضى العقد إذا كانت هناك منافع سائغة يبذل بإزائها الثمن ويباع الشيء ويشترى لأجلها، وليس ذلك بمنزلة سلب السلطنة بل تحديد لها عن اذن ورغبة، والحاصل أنّ المنافي عبارة عن إنشاء معاملة عارية عن الأثر المطلوب منها. وليس المقام كذلك.

ولو نكح مع نفي بعض اللوازم الشرعية ككون الطلاق بيدها، فلا يعد مخالفاً لمقتضى العقد، لعدم كون الطلاق بيده من مقوّمات النكاح أو من اللوازم التي يكون سلبها، ملازماً لسلب المقتضى في نظر العرف وإن كان الشرع أكّد عليه، بل يكون مثله مخالفاً للكتاب والسنّة.

والحاصل أنّ هنا فرقاً بين اللوازم العرفية غير المنفكّة عن المقتضىٰ في نظر العرف، واللوازم الشرعية غير المنفكّة عنه في نظر الشرع، وهو أنّ نفي اللازم العرفي

يـلازم نفي المقتضىٰ في نظـر العرف فيـأتي التضاد بين المدلـول والشرط فلا يكـون الموضوع متحققّاً حتـى يشمل العمومات بخلاف الثـاني، فإنّ المقتضىٰ يجتمع مع الشرط وعـدمه عنـد العرف، وهـذا يكفي في شمـول العمومـات له، وإن كـانت الملازمـة في نظــر الشرع على حـدٍّ لا ينفكّـان عنــده إذ مـآلــه إلى فسـاد الشرط لا إلى فقـدان المشروط، وأسماء المعـامـلات، أسماء للصحيحة عنـد العـرف، ومـا يظهـر من الشيـخ من عطف أحـدهما على الآخـر حيث قـال: «إنّما الاشكـال في تشخيص آثـار العقد التي لا يتخلّف مطلـق العقد في نظـر العرف أو الشرع...» محلّ تأمّل.

ولعلّ ما ذكـرناه أوضح ممّا ذكره الشيـخ وغيره من تقسيم الآثار إلى قسمين، قسم يعد أثـراً لمطلق العقد، ومطلق البيع والاجـارة، فيكون سلبه، سلبـاً للعقد أو سلباً لمقتضاه لـدى العرف، وقسم يعدّ أثراً للعقد المطلـق، أي عقد المبيع والاجارة إذا لم يقيّد. كانصراف الثمن إلى النقد فإنّه من آثار البيع المطلق دون مطلق البيع، فإذا قيّد بالتأخير، يبطل الاطلاق.

هذا كلّه حول التعرّف بالصغرى أي تمييز المخالف عن الموافق.

الثاني: ما هو الدليل على هذا الشرط؟

استدلّ الشيخ على شرطيته بوجهين:

ألف: وقوع التنافي في العقد المقيّد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يتخلّف عنه، وبين الشرط الملازم لعدم تحقّقه. فيدور الأمر بين أُمور:

١ـ الوفاء بالمشروط والشرط معاً، وهو مستحيل للمطاردة بينهما.

٢ـ الوفاء بالشرط دون المشروط، وهو مثله لعدم امكان الوفاء به من دون المشروط.

٣ـ الوفاء بالمتبوع دون التابع.

٤ـ أن يحكم بتساقطهما.

وعلى كلّ تقدير يسقط العمل بالشرط.

ب: أنّ الشرط المنافي، مخالف للكتاب والسنّة الدالّين على عدم تخلّف العقد عن مقتضاه فاشتراط تخلّفه عنه، مخالف للكتاب.

يلاحظ عليه: أنّ مرجعه إلى الشرط الرابع، مع أنّ المفروض كونه شرطاً مستقلاً.

الثالث: في بيان حال بعض الشروط:

اختلفت كلماتهم في بعض الشروط، فعدّه بعضهم مخالفاً، والبعض الآخر موافقاً، وقد استعرضه الشيخ الأعظم بالبحث. والظاهر أنّ تشخيص الصغريات ليس أمراً صعباً، فإنّ الشرط لو كان مخالفاً لمقوّم العقد أو مقتضاه أو ما هو كالمقتضىٰ عند العرف كالتسليم بعد العقد، يكون مخالفاً لمقتضاه، وإلاّ فإن كان للدليل الدال على الأثر اطلاق لا ينفك عنه في حالتي الاشتراط وعدمه، ككون الطلاق بيد الرجل، يكون اشتراط عدمه مخالفاً للدليل الشرعي ويرجع إلى مخالفة الكتاب والسنّة، وإن لم يكن له اطلاق يؤخذ بعموم لزوم الوفاء بالشرط. هذا هو محصّل النظر في المقام.

ومع ذلك فقد طرح الشيخ موارد للبحث ونحن نقتفيه:

١ـ اشتراط عدم البيع:

هل يجوز اشتراط عدم البيع كما حكي عن العلاّمة [١] أو لا كما نسب إلى المشهور؟ والتحقيق هو الأوّل لأنّ جواز البيع من آثار السلطنة وفروعها، والالتزام بعدم بيعه ليس إلاّ تحديداً للسلطنة عن رضاء ورغبة، ومثله لا يعدّ مخالفاً لمقتضىٰ العقد، نعم لو شرط ما يرجع إلى سلب جميع الصلاحيات المفروضة للمالك، بحيث تكون المعاملة عارية عن الأثر، لكان مناقضاً له.

هذا إذا اشترط عدمه، وأمّا إذا كان الشرط عدم جواز البيع، فهو يرجع إلى كونه مخالف الكتاب والسنّة وتحريم الحلال، ومنه يظهر الحال فيما إذا اشترط نفس البيع والعتق والوقف بلا مسّ لحكمها في الشرع. أو اشترط وجوبها، والأوّل صحيح مرجعه إلى تحديد السلطنة، والثاني باطل، مرجعه إلى خلاف الكتاب.

٢ـ الشركة في الربح دون الخسران:

مقتضى الشركة، واشاعة المال: أن يكون الربح والخسران واردين على المال حسب نسبة السهام. والشرط المخالف له، تارة في جانب الربح، وأُخرى في جانب الخسران و إليك الصور:

ألف: الاختلاف في نسبة الربح، فلو كانا شريكين با لمناصفة، فاشترطا تقسيم الربح أثلاثاً.

ب:أن يكون الربح لأحدهما دون الآخر.

١ـ الجواهر: ٢٣/ ٢١٠.

ج:إذا خسر المال فالخسران يقسّم أثلاثاً.

د:إذا خسر فالخسران لأحدهما دون الآخر.

وهناك صور أُخرى تعلم حكمها ممّا نذكره فنقول:

نقل عن ابن إدريس المنع، قائلاً: بأنّ هـذه الشروط منافية لمقتضى الشركة. وأجاب عنـه الشهيد في الـدروس: بأنّ المسـاواة في الربح والخسران حسـب نسبة السهام من آثار عقد الشركة المطلق، والاطلاق ينتفي بالقيد، وليس من آثار مطلق عقد الشركة حتى لا ينفك عنه.

يـلاحظ عليـه: أنّ الاشكال ليس في جـانب الشركـة، حتى يجاب عنـه بما سمعت، و إنّما الاشكال في ناحية أُخرى وهـو أنّ مقتضى إشاعة المال عند البيع، دخـول العوض في ملـك مـالك المعـوّض، والمفروض أنّ كـل واحـد منهما يملك نصف المعوّض، فيـدخل كل نصف من العـوض في ملكهما، لكن اشتراط تقسيم الـربح أثلاثـاً، أو اختصاص الـربح بـواحد منهما، يستلـزم صيرورة عوض مـال شخص، لشخص آخر بلا سبب ولا معنى لدخول العوض في ملك غير من خرج عن ملكه المعوّض، فتكون النتيجة بطلان الاشتراط.

وبذلك يظهر الحال في الصورتين الأخيرتين، فلـو كان رأس مال كلّ واحد مـائة دينار فبـاعا بمائة وأربعين دينـار، فـلازم اشتراط تقسيم الخسران أثلاثـاً أو اختصاص الخسران بـواحد منهما، خـروج أربعين أو ستين ديناراً من ملك مـالك المعوّض و صيرورة بعض عوض ماله لشخص آخر بلا سبب.

هـذا هو المشكل في المقـام لا ما أشـار إليه ابـن إدريس، وعلى هذا يكـون الاشتراط باطلاً.

نعم لو اشترط عليه، دفع التفاوت في جميع الصور أو دخوله في ملكه بعد دخوله في ملك مال المعوّض صحّ الأوّل قطعاً، وأمّا الثاني فتتوقّف صحّته على صحّة شرط النتيجة في هذا المورد.

وربّما يستدلّ على الصحّة برواية رفاعة [1] قال: سألت أبا الحسن ـ عليه السلام ـ عن رجل شارك في جارية له وقال: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح وإن كان وضيعة فليس عليك شيء؟ فقال: لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية [2].

وفي خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال في رجل شارك رجلاً في جارية فقال: إن ربحت فلك، وإن وضعت فليس عليك؟ قال: لا بأس بذلك إذا كانت الجارية للقائل [3].

يلاحظ عليه: أنّه هل تقسيم الربح دون الخسران في الرواية أُخذ شرطاً في المعاملة، أو أُخذ وعداً غير لازم الوفاء؟ الظاهر هو الثاني، وإلاّ فلو كان شرطاً، يجب الوفاء به سواء طابت نفس صاحب الجارية أو لا، ولعلّه قرينة على أنّ المعاملة وقعت مطلقة ـ ولأجلها صحّت ـ وكان هناك وعد، غير دخيل فيها، ولأجل ذلك قيّده بطيب النفس.

وأمّا الثاني فلا يصلح للاحتجاج لكونه خبراً وليس داخلاً فيما يحتج به، أضف إلى ذلك من امكان حمله على ما ذكر من تمليكه أو دخوله في ملكه بعد ما ملك.

١ـ رفاعة بن موسى النخاس، ثقة، ورجال السند ثقات، فالرواية صحيحة.

٢ـ الوسائل: ج١٣ / ٤٢ الباب ١٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١.

٣ـ المصدر نفسه: الحديث ٢.

٣ـ اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها:

النكاح علقة بين الزوجين كما أنّ البيع علقة بين المالين، والغرض تسليط كل من الزوجين على الآخر في الاستمتاع، أو كل من المتعاقدين على التصرّف فيما أخذ، فكلّ اشتراط يطارد السلطة المذكورة، يعد مخالفاً لمقتضى العقد، وأمّا تسلّط الزوج على الزوجة في أمر الاسكان، فليس هو من مقوّمات العقد، ولا من مقتضياته، ولا من الآثار غير المنفكّة عن الزوجية عرفاً بحيث يعد الانفكاك دليلاً على نفي المقتضى.

نعم تسلّط الزوج على الزوجة من حيث المنزل، من الحقوق الشرعيّة الضرورية للزوج في الإسلام، لقوله سبحانه: ﴿الرِّجَالُ قَوّامُونَ عَلى النِّساءِ﴾ (النساء/ ٣٤) وعلى ذلك يتركّز البحث في كونه مخالفاً للكتاب والسنّة، وعدمه، فنقول: إن كان الشرط نفي سلطنته عليها في أمر المسكن، فهو مخالف للكتاب، وأمّا إذا كان بصورة تحديدها ـ مع الاعتراف لسلطنته ـ من أوّل الأمر، على أن يختار هذا الفرد دون الفرد الآخر، فهذا لا إشكال فيه، وقد تقدم أنّ إيجاب المباح من حيث العمل لا من حيث الحكم ليس من الشرط المخالف للكتاب والسنّة.

٤ـ اشتراط توارث الزوجين بالعقد المنقطع:

وممّا ذكرنا يظهر حال هذا الشرط، فإنّ التوارث ليس من مقوّمات العقد، أو مقتضياته، ولا من لوازمه العرفية التي يعد الانفكاك عنها نفياً للموضوع.

نعم علقة الزوجية سبب للتوارث بضرورة الكتاب والسنّة، وبما أنّ المعقودة

متعة من مصاديق الزوجة، لذلك تعمّها العمومات أو الاطلاقات في الكتاب والسنّة ما لم يدلّ دليل على حرمانها كحرمانها في القاتلة والكافرة والمرتدة، والدليل على كونها زوجة هو انحصار الحلال في قوله سبحانه: ﴿إلاّ على أزواجِهِمْ أوْ ما مَلَكَتْ أيْمانُهُمْ فَإنَّهُمْ غيرُ مَلُومِينَ﴾ (المؤمنون/ ٦) في الزوجة وملك اليمين، وبما أنّهاغير داخلة في الثانية تدخل في الفقرة الأُولى وإلاّ لصار التمتّع سفاحاً، لانحصار الحلّية في الأمرين الماضيين. وحيث أنّها حلال بالضرورة وليست داخلة في ملك اليمين، تعيّن كونها من أقسام الزوجية وأنّ لها قسمين: دائمية ومنقطعة.

ولكن اطلاقات الكتاب في مورد المنقطعة خصّصت بالنصوص القطعية على أنّ المنقطعة لاترث فصار الأصل الثانوي هو عدم التوارث، بعد ما كان مقتضى الاطلاق هو التوارث، وعند ذلك يقع الكلام في أنّ عدم التوارث هل هو من مقوّمات المتعة، بحيث يكون شرطه مخالفاً لمقتضى العقد؟ أو من أحكامها الشرعية التي تقبل التقييد والتخصيص؟

ربّما يقال بالأوّل مستدلاً بما رواه عبد الله بن عمرو [1]: سألت أبا عبد الله عن المتعة؟ فقال: حلال لك من الله ورسوله. قلت: ما حدّها؟ قال: من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك. قال: قلت: ما حكم عدّتها؟ فقال: خمسة وأربعون يوماً أو حيضة مستقيمة [2]. وجه الاستدلال: أنّ المتبادر من قوله «من حدودها ...» هو أنّ الوراثة من مقوّماتها الشرعية. فيكون شرط التوارث مخالفاً للشرع.

يلاحظ عليه: أنّ معناه أنّ عدم التوارث من أحكامها مقابل أحكام الدائم، ويؤيّده الاختلاف في مقدار العدّة الواردة في الرواية فالحكم الشرعي في الدائم

١ـ مهمل في الرجال لو لم نقل إنّه مجهول.

٢ـ الوسائل: ج١٤ الباب ٢٢ و ٣٢ من أبواب المتعة الحديث ٤ و ٨ نقله متقطّعاً في البابين.

ثلاثة قروء، وفيها ما جاءت في الرواية.

فإذا ثبت أنّه (عدم التوارث) من أحكـامها لا من مقوّماتها، يقع الكلام في أنّـه هل هـو في أحكام مطلـق المنقطع أو مـن آثار المنقطـع المطلق، وهـذا بحث صغروي يحتـاج إلى ملاحظة الـروايات الواردة حـوله وقد ذكـرنا ما هـو الحق عند البحث عن الأحوال الشخصية [1].

وعلى كل تقدير يتركّـز البحث في كونه مخالفاً للكتـاب والسنّة (إذا كان من آثار مطلـق المنقطع) أو لا (إذا كان مـن آثار المنقطع المطلـق الذي يـرتفع الحكم بتقييد الموضوع بالتوارث).

وبذلك يظهر أنّ تمييز المخالف عـن الموافق ليس بالأمر الصعب، والميزان كـونه مخالفـاً لمقـوّم العقد، أو مقتضـاه أو الأثر العـرفي الـذي يعد التفكيـك عن الموضوع، نفياً له.

وبذلك يظهر النظر في كلام المحقق الثاني الذي نقله الشيخ فلا نطيل.

إذا شكّ في كون الشرط مخالفاً أو موافقاً:

ثمّ إذا شكّ في كون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد أو موافقاً، بمعنى أنّه داخل تحت عموم «المؤمنون عنـد شروطهم» أو خارج عنه بدليـل حكم العقل على عدم صحّة اشتراط مخالف المقتضـى، فليس هنا أصل منقّح للمـوضوع، وأنّه هـل هو مـوافـق أو مخالف، ولأجـل ذلك يكـون المرجع في كـل شرط لم تحرز مـوافقتـه أو مخالفته للكتـاب هو الأصل العملي ولكن ربّما يصحّح التمسّك لعمـوم «المؤمنون عند شروطهم» بوجهين:

١ـ ستقدم ملازمها إلى الطبع بإذن الله.

١ـ انّ المخصّص في المقام لبّي حيث إنّ العقل يحكم ببطلان ما هو مخالف لمقتضىٰ العقد، وذلك لوجود التنافي بين المتقضى وشرطه، وأنّهما لا يجتمعان، ومع ذلك يرجع فيها إلى عموم لزوم الوفاء بالشرط لا إلى المخصّص، أعني بطلان الشرط المخالف للمقتضى، لما ثبت في محلّه من أنّه إذا كان المخصّص لبّياً، يكون المرجع في الشبهات المصداقية، هو العام.

يلاحظ عليه: أنّه لا فرق بين كونه لفظياً أو لبّياً، فإنّ العام حجّة في غير عنوان المخصّص، وعنوان العام (الشرط) وإن كان محرزاً، لكن عدم عنوان المخصّص (عدم المخالفة) ليس بمحرز، فيسقطان (العام والمخصّص عن الحجّية) لعدم إحراز موضوعهما، ويكون المرجع، الأدلّة الأُخر.

٢ـ إحراز عدم كونه مخالفاً لمقتضاه بالأصل الأزلي، باستصحاب عدم كونه مخالفاً لمقتضاه والأصل بقاؤه، وبذلك يظهر صحّة التمسّك بالعام لأنّ أحد الجزئين (الشرط) محرز بالوجدان والآخر (عدم كونه مخالفاً لمقتضاه) بالأصل.

يلاحظ عليه: ما أوضحناه في الأُصول من أنّ ما هو الجزء للموضوع، عبارة عن الشرط غير المخالف لمقتضاه والموضوع بهذا الوصف (بصورة معدولة) أو الموجبة السالبة المحمول (الشرط الذي ليس مخالفاً) ليس له أية حالة سابقة إذ لم يكن الشرط في زمان متحقّقاً ومتّصفاً بهذا الوصف، لأنّ صدقه يتوقّف على وجود الموصوف (الشرط) في زمان مع اتصافه بالوصف العدمي حتى يقال: الشرط غير المخالف، أو الذي ليس بمخالف، ومن المعلوم عدم سبق وجود له.

وأمّا السالبة المحصلة المجتمعة مع عدم الموضوع وإن كانت لها حالة سابقة، لكنّها ليست جزء الموضوع ودخيلاً فيه.

هذا مجمل ما أوضحناه في الأبحاث الأُصولية.

الشرط السادس: أن لا يكون مجهولاً جهالة توجب الغرر:

إذا كان الشرط مجهولاً جهالة توجب الغرر، فهل يحكم ببطلانه إذا كان سبباً لجهالة العوضين [١] بحجة أنّ الشرط كالجزء من العوضين فيكون محكوماً بالبطلان، لما ثبت في مبحث شرائط العوضين من لزوم معلوميتهما أو يحكم ببطلانه مطلقاً وإن لم يوجب جهالة في العوضين، وذلك لنهي النبي عن مطلق الغرر، وإن لم يكن في البيع، أو يفصل بين التابع [٢] والمقصود بالأصالة فلا تضر في الأوّل دون الثاني سواء عبّر عنه بلسان الشرط أو بلسان الجزء، كما هو المحكيّ عن الشهيد، أو يختص الصحّة بالتابع المجهول إذا عبّر عنه بلسان الشرط دون الجزء؟ [٣] وجوه أو أقوال، والدليل هو النهي عن بيع الغرر.

أقول: قد ورد عن النبيّ ﷺ النهي عن بيع الغرر، مسنداً، عن طريقنا، رواه الصدوق بأسانيد مختلفة عن الرضا عن آبائه عن علي ـ عليه السلام ـ وجاء في الرواية بعد أُمور: وقد نهى رسول الله عن بيع المضطر وعن بيع الغرر [٤] ورواه بهذا النص البيهقي في سننه الكبرى [٥] ورواه المحدّث النوري في المستدرك [٦] مسنداً عن صحيفة الإمام الرضا. ومن المعلوم أنّ العرف يساعد مع الغاء الخصوصية فيعمّ

١ـ كما إذا باع شيئاً وشرط على المشتري أن يخيط له ثوباً، أو يبني جداراً، بخلاف ما إذا شرط رهن أحد المالين المتماثلين.

٢ـ كما إذا باع الحيوان مع حمله، والدجاج مع بيضه.

٣ـ فيفرق بين قولنا: بعت الحيوان مع حمله، وبعت الحيوان على أن يكون الحمل لك.

٤ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

٥ـ السنن الكبرى للبيهقي: ٦/ ٣٣٨.

٦ـ المستدرك: ج١٣ الباب ٣٣ من أبواب التجارة، الحديث ١.

سائر أبواب المعاملات من الاجارة وغيرها.

وأمّا النهي عن مطلق الغرر فلم يرد إلاّ مرسلاً في الكتب الفقهية، كالخلاف للشيخ والغنيـة لابن زهرة والعـلاّمة في كتبه، هـذا ما يرجـع إلى سند الروايـة، ومع ذلك فليس المسند بأقوى من المرسل، إذ في أسـانيده ما لا يخفى، وعلى كل تقدير، فقد تلقّته الأصحاب بالقبول وأرسلوه إرسال المسلّمات.

إنّما الكلام في دلالتـه وصلاحيته لـلاستدلال في المقـام أي الشرط المجهول فنقـول: لم نجد في معجم يفسّــر الغـرر بالضرر أو بـالجهل وإنّما فسّــر بالخدعـة والحيلة، أو بالاقتحام بما فيه خطر. وإليك بعض نصوصهم:

قال ابن الأثير في النهـاية: النهي عن بيع الغرر : هـو ما كان له ظـاهر يَغُرّ المشتري وباطن مجهول.

وقال الأزهري: بيع الغرر، ما كـان على غير عهدة ولا ثقة و تدخل في البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كلّ مجهول.

وما ذكره أوّلاً، يشير إلى بيع التدليس ونحوه، وما ذكره الأزهري يشير إلى بيع لا يؤمن فيه على قدرة البائع على تسليم المبيع، كالسمك في الماء، والطير في الهواء والمغـروق في البحر، حيـث قال: مـا كـان على غير عهـدة ولا ثقة، ومثلـه تفسيره بالخطر.

وقال ابن منظور في اللسـان: غرّه يغرّه غرّاً: خدعه وأطمعه بـالباطل، يقال: المؤمن غرّ كريم فيخدع، غرر بنفسـه وماله: عرضهما للهلكة، ونهى رسول الله عن بيع الغرر وهـو مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء. وبيع الغـرر المنهي عنه : ما كان لـه ظاهر يغرّ المشتري وبـاطن مجهول، وبيع الغرر أن لا يكـون على عهدة

ولا ثقة.

وقال ابن فارس في المقاييس: بيع الغـرر، وهو الخطر الذي لا يُدرى أيكون أم لا، كبيع العبد الآبق والطائر في الهواء.

وهذه الكلمات ونظائرها تعطي أنّ الغرر إمّا بمعنى الخدعة، أو الخطر، فكل بيع اشتمـل على الخدعة، أو يكـون على اعتاب الخطـر من حيث امكـان التسليم وعـدمـه، فهو منهـي عنه، وأيـن هـو من الشرط المجهـول المردّد بين قليل المؤنـة كخياطة القميص أو كثيرها كخياطة القباء والعباء.

وبهذا ظهـر أنّ الاستـدلال بهذا الحديث في بـاب العـوضين والشروط، غير صحيح ولذلك التجأ سيدنا الأُستـاذ ـ مع الاعتراف بما قدّمناه ـ إلى أنّ فهم علماء العامّة والخاصّة من الحديث، المعنى المعـروف عندهم مع كونهم من أهل اللسان، كاف في ذلك [١].

وهو كما ترى، ولعلّهم استدلّوا زاعمين أنّ الجهـالة، تلازم الخطر، وإلاّ فمع خلّو المعاجم عن الجهالة كيف يصحّ الاستناد باستدلال العلماء.

وعلى كل تقدير فالذي يمكن أن يقال: إنّ كل شرط تستلزم جهالتُه، جهالةَ الثمن أو المثمن، بحيـث يعدّ العـرف الشرط جزءاً منهما، وإن كـان بلسان الشرط يوجب بطلانه، لا لحديث النهي عن الغـرر بل لما دلّ على لزوم معلومية العوضين وبطلان العقـد عند الجهـل بهما فيكون حكمـه حكمها، صحّـةً وبطلانـاً ودليلاً. وهذا بخـلاف ما لم يستلزم ذلـك كما في كل شرط تبع، فجهالتـه لا تضرّ لا بأصل العقد ولا بالشرط.

١ـ المتاجر : قسم الخيارات : ٥/ ١٩٩.

ثمّ إنّ بعض المحشّين، منع اعتبار عدم الجهالة في الشرط مطلقاً، تارة بمنع الصغرى وأنّ الشرط لا يرجع مطلقاً إلى العوضين بل هو قيد لنفس البيع على ما تقتضيه القواعد العربية، وأُخرى بمنع الكبرى ـ بعد تسليم الصغرى ـ بأنّ القدر المتيقّن من الغرر المنفي، هو الغرر في نفس العوضين فلا يضرّ الغرر في قيودهما[1].

يلاحظ عليه: أنّ الميزان في تحديد كون شيء من أجزاء الثمن أو المثمن وعدمه، هو العرف لا القواعد اللفظية، فلو اشترى داراً بألف دينار، وشرط عليه دفع شاة إلى البائع، فالمشتري يضيف قيمتها إلى المبلغ الذي اشترى به الدار، فلو كان قيمتها عشرة دنانير، يقول اشتريته بألف دينار وعشرة دنانير.

وأضعف منه ادّعاء إنصراف الكبرى عن القيود فكأنّه نظر إلى المعاملات بنظر التعبّد، مع أنّ الملاك في المقيّد والقيد واحد.

نعم الحق انّه ليس شرطاً مستقلاً وانّما هو راجع إلى عدم المخالفة مع الكتاب والسنّة.

١ـ تعليقة المحقّق الشهيدي ـ قدّس سرّه ـ : ٥٧٥.

الشرط السابع: أن لا يكون مستلزماً للمحال:

الشرط المستلزم للمحال هو الشرط الممكن بذاته، ولكن قيد بشرط مستلزم للمحال، فخرج ما لا تتعلّق به القدرة عقلاً، كالجمع بين الضدّين، أو عادة كالطيران في الهواء بلا سبب. ودخل في التعريف اشتراط تحقّق المسبّبات التي لها أسباب خاصّة عند الشرع كالطلاق، أو العرف كالنكاح، بنفس الاشتراط وإن لم تقترن بها أسباب، كما إذا باع بشرط أن تكون زوجته مطلّقة أو ابنته مزوّجة.

وقد مثل العلاّمة للمقام وقال: «إذا باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إيّاه سواء اتّحد الثمن قدراً أو جنساً ووصفاً أو لا، لاستلزامه الدور، لأنّ بيعه له يتوقّف على ملكيته له، المتوقّفة على بيعه (أي العمل بالشرط) فيدور بخلاف ما لو شرط أن يبيعه من غيره فإنّه يصحّ عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب والسنّة ـ ثمّ قال :ـ لا يقال: ما التزموه من الدور آت هنا لأنّا نقول: الفرق ظاهر لجواز أن يكون جارياً على حدّ التوكيل أو عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع من البائع» [1].

يلاحظ عليه: أوّلاً: الاشتراط لا يستلزم الدور، لأنّ ملك المشتري متزلزلاً لا يتوقّف على العمل بالشرط بل يتوقّف على انشاء البائع وقبوله وقد حصل. نعم لزومه يتوقّف على العمل بالشرط فلا دور، فمالكيته متوقّفة على الانشاء المتقدّم بكلا جزأيه، وبيعه ثانياً من البائع يتوقّف على تلك الملكية الحاصلة.

وثانياً: لو سلمنا الدور فلا فرق بين بيعه من البائع أو غيره لأنّ البيع الثاني مطلقاً متوقّف على ملكيته المتوقّفة على البيع الثاني (العمل بالشرط) واحتمال كون بيعه الثاني من باب التوكيل أو العقد الفضولي خلاف الفرض، ولأجل ذلك يخرج المبيع عن ملك المشتري ويدخل الثمن في ملكه لا في ملك البائع الأوّل.

١ـ التذكرة: ١/ ٤٩٠: الفرع الأوّل.

الشرط الثامن: أن يلتزم به في متن العقد:

الشرط غير المذكور في العقد على أقسام:

١ـ إذا أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كالخياطة، التزاماً ابتدائياً وبقي أثره في ذهنه إلى حين انعقاد البيع، من دون تقييد أحدهما بالآخر.

٢ـ إذا التزم على نفسه بشيء ووعد بايقاع العقد مقيّداً به في عالم القصد فأخلف وعده، ولم يوقعه مقيّداً.

٣ـ تلك الصورة لكنّه وفى وقيّد العقد ثبوتاً بالشرط وهذا هو ما يقال الشرط المبنيّ عليه العقد.

قيل: المشهور عدم الاعتداد بالشروط غير المذكورة في متن العقد، حكاه صاحب الرياض في كتاب النكاح عن بعض الأجلّة وأيّده الشيخ بأنّه مقتضى التتبّع في باب البيع والنكاح ثمّ أتى بشواهد، وكان سيّدنا الأُستاذ العلاّمة الكوه كمري (١٣١٠ ـ ١٣٧٢) من المصرّين على لزوم ذكر الشروط في العقد، وفي الوقت نفسه نحن نرى المخالفة من النراقي في عوائده [١] والسيّد الطباطبائي في تعليقته [٢] والشهيدي في حاشيته [٣].

استدل على لزوم الذكر بوجوه:

١ـ حكاية الاجماع على ما عرفت.

١ـ العوائد / ٤٦ في ذيل كلام الشهيد في قواعده.

٢ـ التعليقة: ١١٨.

٣ـ الحاشية: ٥٧٦.

يلاحظ عليه ـ مضافاً إلى أنّه لا يحكى في المقام عن وجود نصّ وصل إليهم ولم يصل إلينا، ولعلّهم استندوا إلى بعض الوجوه الآتية ـ : أنّ معقد الاجماع غير واضح ولعلّه ناظر إلى الصورتين الأولتين.

٢ـ ما أشار إليه الشيخ الأعظم من أنّ الشرط من أركان العقد المشروط بل هو كالجزء من أحد العوضين فيجب ذكره في العقد.

يلاحظ عليه: عدم الدليل على كلّية المدّعى إذ ليس كل شرط من الأركان. وعلى تقدير كونه جزءاً من العوضين لا دليل على أنّ حكمه حكمها حتى في الوقوع تحت الانشاء. أضف إلى ذلك أنّ ذكر العوضين غير لازم إذا كانا معلومين من القرائن.

٣ـ إنّ الشرط هو الالتزام وهو لا يتحقّق بمجرّد التباني بل يحتاج إلى الانشاء وإلاّ لا يصدق عليه الالزام و لا الالتزام وهذا بخلاف سائر المتعلّقات فإنّه يكفي فيه النيّة والتقدير.

يلاحظ عليه: أنّ الشرط بمعنى الالزام والالتزام من أقسام التعهّد كالنذر واليمين، فكما تصدق على ما لو ورد في ضمن العقد، كذلك يصدق على ما إذا تعاهدا مجرّداً عن العقد، ثم بنيا العقد عليه.

وبذلك يظهر ضعف ما ربّما يقال: إنّ الانشاء لابدّ له من محصِّل ولا يحصل بمجرّد القصد والاخطار القلبي بالضرورة ولذا لا يحصل البيع والنكاح به [1] وذلك لأنّه خروج عن محطّ النزاع، لأنّ المفروض فيما إذا سبق تعهّد لفظي من الطرفين منفكّاً عن العقد، ثم بني العقد عليه، نعم لو لم يكن هناك أي انشاء

١ـ نثارات الكواكب: ٣٠٨.

سابق وكان هناك صرف اخطار بالبال، لتمّ ما ذكر كما يظهر ضعف ما في تعليقة السيد الطباطبائي جواباً عن الاستدلال من أنّ الانشاء كما يكون باللفظ، كذا يكون بالاخطار القلبي [١] فهو كما ترى.

٤ـ الروايات الظاهرة في عدم الاعتبار بالشرط المتقدم.

ألف: عن ابن بكير: قال: قال أبو عبد الله ـ عليه السلام ـ: إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة، فرضيت به وأوجبت التزويج، فاردد عليها شرطك الأوّل بعد النكاح [٢] فإن أجازته فقد جاز وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح [٣].

يلاحظ عليه أوّلاً: أنّ القدر المتيقّن من الرواية هو الصورتان الأوليتان، ونحن نوافق المخالف فيهما، إنّما الكلام إذا عقدا بانين على الشرط المتقدم. ويحتمل أن تكون الرواية ناظرة إلى صورة التنازع وأنّه لا يمكن للزوج أن يحتجّ عليها إلاّ بالذكر في متن العقد، إذ للزوجة أن تنكر البناء على الشرط السابق، وإلاّ فلو علم البناء أو تسلّما على أنّ العقد كان على الشرط السابق، يجوز في حقّها.

ب: عن عبد الله بن بكير، قال: قال أبو عبد الله ـ عليه السلام ـ: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز [٤] والمقصود من «بعد النكاح» هو بعد قولها: «أنكحت نفسي» مثل الرواية السابقة، وإلاّ فأي فرق بين المتقدم على العقد والمتأخّر عنه، ويأتي فيه ما ذكرناه في الحديث المتقدم.

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ١١٨.

٢ـ أي بعد قولها: «أنكحت نفسي» وعليه يحمل ما يأتي أيضاً.

٣ و ٤ ـ الوسائل: ج ١٤، الباب ١٩ من أبواب المتعة، الحديث ١ و ٢.

ج: عن محمّد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ عن قول الله عزّ وجلّ ﴿ولا جُناحَ عَلَيكُمْ فِيما تَراضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعدِ الفَريضَةِ﴾ ؟ فقال: ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز، وما كان قبل النكاح فلا يجوز إلاّ برضاها وبشيء يعطيها فترضى به [1]. والكلام فيه كالكلام في السابقين.

د: عن محمد بن مسلم: سمعت أبا جعفر ـ عليه السلام ـ يقول في الرجل يتزوّج المرأة متعة: إنّهما يتوارثان إذا لم يشترطا، وإنّما الشرط بعد النكاح [2] أي بعد قولها «أنكحت نفسي».

يلاحظ عليه ـ بعد كونه مخالفاً لما عليه المشهور من عدم اقتضاء عقد المتعة الارث إلاّ إذا اشترط به ـ: أنّه إذا كان معنى قوله «بعد النكاح» أي في العقد، يكون الذيل ناظراً إلى أنّ عقد المتعة يقتضي الارث، ومن أراد حرمانها، فعليه أن لا تفوِّت الفرصة ويشترط عدمه في العقد، وتخصيص العقد بالذكر لكونه آكد في الالزام لا لأنّه إذا اشترط قبل العقد، وأجرى العقد على ذلك الأساس، يكون عاطلاً.

وأمّا رواية أبان بن تغلب [3] فلا دلالة فيها على المقصود ولا يظهر منها أي تواطؤ على المؤقت قبل العقد، بل الظاهر أنّه خطبها للنكاح ناوياً المتعة، من دون ايقافها على ما نوى. ولأجل ذلك قال: «وإنّي أستحي أن أذكر شرط الأيام ولو سبق منها الشرط لما كان للاستحياء وجه».

---

١ و ٢ ـ الوسائل: ج ١٤، الباب ١٩ من أبواب المتعة، الحديث ٣ و ٤

٣ـ المصدر نفسه: الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الحديث ٢.

الشرط التاسع: التنجيز:

قد يطلق التنجيز ويراد منه تارة اطلاق الشرط في مقابل اشتراطه، كما إذا قال: بعتك هذا بدرهم على أن تخيط لي إن جاء زيد. وأُخرى ما يقابل التعليق، كما إذا قال: بعتك هذا بدرهم على أن تخيط عند رأس شهر كذا. وكلام الشيخ ناظر إلى الصورة الأُولى ولذا مثَّل بالجملة الشرطية.

وقد استدلّ القائل بالبطلان: بأنّ الشرط جزء من الثمن، ومرجع قوله «بعتك هذا بدرهم على أن تخيط لي إن جاء زيد» إلى وقوع المعاوضة بين المبيع وبين الدرهم المقرون بخياطة ثوب، على تقدير مجيئ زيد، والتعليق موجب للبطلان.

ماذا يريد المستدل ؟! هل يريد أنّ التعلّق يوجب كون الالتزام في ناحية الشرط (الالتزام بالخياطة) معلّقاً، أو يريد أن أصل المعاوضة أي البيع يكون كذلك، وبعبارة أُخرى هل التعليق يهدم اطلاق الالتزام في ناحية الشرط (على أن تخيط ...) أو يهدم اطلاق انشاء البيع (أبيعك)؟ وجهان، كل محتمل وإن كان الظاهر هو الأوّل.

وأجاب الشيخ ما هذا نصّه: «انّ الشرط هو الخياطة على تقدير المجيئ، لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق إلى أصل المعاوضة الخاصة».

والمتبادر من جواب الشيخ أنّه فهم المعنى الثاني وأجاب بأنّ التعليق لا يرجع إلى أصل المعاوضة بل يرجع إلى الشرط من غير فرق بين أن يكون قيداً للالتزام أو الملتزم.

ولكن السيد الطباطبائي والمحقّق الايرواني حملا كلام المستدل وجواب الشيخ على المعنى الأوّل، خلافاً لسيّدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ فقد حمل كلام المستدل وجواب الشيخ على المعنى الثاني.

وعلى كل تقدير فإن أراد أنّ الشرط يهدم اطلاق الالتزام الموجود في ناحية الشرط ـ فمع الغضِّ عن أنّ القيد يرجع إلى الملتزم أي نفس الخياطة لا إلى الالتزام بها ـ لا مانع من رجوع القيد إلى نفس الالتزام أيضاً لأنّه لا دليل على بطلان التعليق إلاّ الاجماع، والقدر المتيقّن منه لزوم كون البيع منجّزاً لا متعلّقاته مثل المثمن والثمن وإن كان ركناً. وإن أراد رجوعه إلى أصل المعاوضة فهو ممنوع جداً وخلاف المتبادر.

فظهر أنّ اطلاق الشرط ليس بشرط بل يجوز تقييده واستلزامه ـ البيع بثمنين ـ على فرض لزومه لا مانع منه.



الفصل الحادي عشر

في أقسام الشروط وأحكامها

- ❑ هل النبوي يعمّ جميع الأقسام؟
- ❑ **شرط النتيجة.**
- ❑ الضابطة لتمييز ما يحتاج إلى سبب خاص عن غيره.
- ❑ شرط الفعل يقع في ضمن أُمور:

  ١ـ وجوب الوفاء بالشرط.

  ٢ـ جواز اجبار المشروط عليه على انجاز الشرط.

  ٣ـ في ثبوت الخيار مع القدرة على الاجبار وعدمه.

  دليل نافي الخيار مع القدرة على الاجبار.

  ٤ـ حكم الشرط المتعذّر قبل العقد وبعده.

  ٥ـ فيما إذا تعذّر العمل بالشرط، وله ثلاث صور:

  أ ـ فيما إذا تلف المبيع.

  ب ـ فيما إذا أخرجه عن ملكه.

  ج ـ فيما إذا صار متعلّقاً لحق الغير.

  إذا كان العقد الثاني منافياً لنفس الاشتراط.

  إذا تصرّف المشروط له في العين.

  ٦ـ في جواز اسقاط الشرط للمشروط له.

  ٧ـ فيما هو المستثنى من قاعدة عدم التقسيط.

- ❑ هل الشرط الفاسد مفسد للعقد أو لا؟
- ❑ ثبوت الخيار في الشرط الفاسد.
- ❑ اسقاط الشرط الفاسد بعد العقد.

في أقسام الشروط وأحكامها

إنّ الشرط تارة يتعلّق بفعل من أفعـال المتعاقدين كخياطـة الثوب، وأُخرى يتعلّق بما هـو من قبيل الغـاية للفعل كـاشتراط تملّك عين خاصّـة، وثالثـة يتعلّق بصفة من صفات المبيع الشخصي ككون الدابـة حاملاً والسجادة مصبوغة بصبغ كذا. ولا يخرج الشرط عن هذه الأقسام.

فلـو شرط ايقـاع صفـة في المبيع كـالصبغ، أو اشترى حنطـة، على النحـو الكلّـي فاشترط أن يـدفع المبيـع من صنف كـذا، فهما من قبيـل القسم الأوّل أو اشترط كون الفاكهة حلوة فهو من القسم الثالث، فالأقسام لا تزيد على الثلاثة.

هل النبوي يعمّ جميع الأقسام؟!

إنّ قوله ﷺ : «المؤمنـون عند شروطهـم»، يعمّ الأقسام بمعنـاه المطـابقي، ويظهر من الشيخ عدم شموله للقسم الثـالث قائلاً بأنّه لا حكم له إلاّ الخيار مع تبيّـن فقد الوصف المشروط، إذ لا يعقل تحصيله هنا فـلا معنى لوجوب الوفاء فيه وعموم «المؤمنون عند شروطهم» مختصّ لغير هذا القسـم.

يلاحظ عليـه: أنّه إنّما يتمّ إذا كان مفـاد النبوي هو الحكـم التكليفي ابتداءً وأنّه يجب على المؤمنين الوفاء بشروطهم فيقال: إنّه لا يتصوّر فيه الوفاء وليس بيده

تغيير الأمر الـواقع، وأمّا لـو قلنا بأنّ مفاده المطـابقي: إنّ المؤمنين عند التـزاماتهم وأنّهم مأخـوذون بمقتضى تعهّداتهم وشروطهـم، غايـة الأمر أنّـه يختلف مقتضى الأخذ بمقضى الشرط، فإن كـان الشرط عملاً وفعلاً، فعليهم القيـام به، وإن كان وصفاً في المبيـع، أو شرطاً فيـه (بناء على عدم رجـوع الشرط إلى الوصـف كما عليه الشيخ في بعض كلماته السابقة) فيستعدّ للفسخ وإن كـان غاية ونتيجة كالملكية، فمقتضى الأخذ، هو ترتيب الأثر، وتسليم العين إليه.

وبالجملة: إنّ مفاده: المؤمنون غير منفكّين عن التزاماتهم، وتختلف أثر تلك المعيّـة فلـو شرط فعلاً يجب القيام به، وإن شرط وصفاً أو شرطـاً في العين ولم يكن موجوداً، كـان عليه قبول السلعة إذا فسـخ المشتري، وإن كان شرط النتيجة يجب تـرتيب الأثر عليـه إذا كـان متحقّقاً بنفـس الاشتراط كما إذا باع من زيـد واشترط عليـه أن يكون وكيلـه في بيع متاع كـذا وقـام زيد ببيع متـاعه فيجـب على الموكّل تنفيذها فالمدلول المطابقي للنبـوي واحد، وهو كونهم مأخوذين بشروطهم. ولكن كيفية الأخذ تختلف حسب اختلاف الموارد.

أضف إليه: أنّه لـو سلم أنّ مفاده هو وجوب الوفاء لكـن وجوب وفاء كل شيء بحسبه فلا مانع من شمول النبوي بهذا المفاد جميع الأقسام.

شرط النتيجة:

إذا اشترط الغاية، أعنـي: الملكية والزوجية وكانت ممّـا لا تتحقّق بالاشتراط فإن أُريد تحصيلهما بـأسبابهما الشرعية فيرجع إلى شرط الفعل، وإن أُريـد حصولها بنفـس الاشتراط فإن دل الـدليـل على عـدم تحقّقهـا إلاّ بأسبـاب خـاصّـة غير الاشتراط، كان الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة، وإن كانت ممّا يكفي في تحقّقها نفس

الاشتراط كالوكالة والوصاية وكون ثمرة الشجرة ملكاً للمشتري، يجب ترتيب الأثر ولو شككنا أنّه من أي قسم من القسمين كاشتراط أن يكون مال خاص غير تابع لأحد العوضين، ملكاً لأحدهما أو صدقة فهل يجوز التمسّك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» أو لا ؟ يمكن تقريب الثاني بوجوه:

١ـ إنّ عموم «المؤمنون» إنّما يجري فيما إذا كان هناك فعل للمشروط عليه ليجب الوفاء به وليس هنا فعل.

يلاحظ عليه: أنّه ليس معناه لزوم الوفاء بالشروط حتى يتطلّب لنفسه فعلاً بل معناه أنّهم مأخوذون باتفاقاتهم وشروطهم، وهو صادق في جميع الأقسام الثلاثة. أضف إليه ما عرفت أخيراً من تحقّق وجوب الوفاء في جميع الأقسام.

٢ـ قد خرج عن عموم النبوي ما احتاج في التحقّق إلى سبب خاص فلا يجوز الالتزام إذا لم يكن سبب خاص، وبما أنّ المورد مردّد بين كونه متحقّقاً بالسبب الخاص وعدمه يكون من مصاديق الشبهة المصداقية للعام، فلا يجوز التمسّك بالعموم.

وأجاب عنه السيد الطباطبائي بمنع كون الشبهة مصداقية إذ الخارج ليس عنوان ما له سبب خاص حتى يكون الشك في مصداق المخصّص بل الخارج خصوصيات الموارد التي دلّ الدليل على احتياجها إلى سبب خاص وهذا العنوان ينتزعه العقل[١].

يلاحظ عليه: أنّ النتيجة في كلتا الصورتين واحدة فسواء كان الخارج ذوات الموارد أو العنوان الجامع لها، فبما إنّا نعلم علماً قطعياً بأنّ خروج هذه الأفراد ليس

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ٢/ ١٣١.

إلاّ لأجل كونها غير متحققة بنفس الاشتراط ، فهذا يكفي في المنع عن التمسّك بالعام إذا شككنا في مورد أنّه من أيّ قسم من الأقسام.

والأولى أن يقال: إنّا إذا سبرنا الكتاب والسنّة، ولم نجد ما يدل على أنّ تملك شيء غير تابع، أو كون شيء صدقة أو وقفاً لله، يحتاج إلى سبب، نستكشف عن عدم كونه كذلك، إذ لو كان لظهر وبان، وقد جرت السيرة اقتداءً بالمعصوم في كل شرط احتمل كونه مخالفاً للكتاب والسنّة، التمسّك بالعموم إذا لم يدل دليل على كونه مخالفاً، ولو صحّ ما في الدليل لما جاز، لخروج المخالف عن تحت العام ويكون المورد من قبيل الشبهة المصداقية له، وليس المصداق في المقام كالمصداق في سائر المقامات، فإنّ بيان المصداق في المقام وظيفة للشارع دون سائر المقامات، ولولا ذلك لانسدّ باب التمسّك بأدلة الشروط.

٣ـ إنّ النبوي مخصّص بالشرط المخالف ومن أقسامه الاكتفاء فيما لا يتحقّق إلاّ بسبب خاص، بنفس الاشتراط، فإذا دار أمر المورد بين أنّه ممّا يتوقّف على سبب خاص أو يكفي في تحقّقه نفس الاشتراط، يرجع الشك إلى الاشتراط هل هو موافق للكتاب والسنّة أو لا ؟ ويكون من الشبهة المصداقية للمخصّص (إلاّ شرطاً خالف الكتاب والسنّة).

والجواب ما عرفت، وهو أنّ الشبهة المصداقية على قسمين:

قسم يتوقّف التعرّف عليه على بيان الشارع، وقسم يجب على المكلّف تحصيل المعرفة عليه من الطرق المألوفة، فما كان من القسم الثاني، يتوقّف في مقام العمل ولا يصحّ التمسّك بعموم العام ـ مثل قولنا: اكرم العلماء، بعد خروج العالم الفاسق من تحته ـ.

وأمّا القسم الذي يتوقّف التعرّف على بيان الشارع، فيكفي في جواز التمسّك، الفحص والتتبّع في الكتاب والسنّة وعدم العثور عليه، إذ لو كان لظهر وبان. واحتمال أنّه ممّا بيّنه الإمام ولم يصل إلينا، ضعيف لا يعتدّ به. والمقام من هذا القسم: إذ على الشارع أن يبيّن ما لا يحصل بنفس الاشتراط إذا لم يكن واضحاً لدى العرف.

الضابطة لتمييز ما يحتاج إلى سبب خاص عن غيره:

الظاهر أنّ كلّ أمر اعتباري، يهتمّ به العرف والشرع من حيث اللفظ والصيغة، ولا يقوم به إلاّ بتشريفات خاصّة، فهذا ممّا لا يحصل بنفس الاشتراط كالنكاح والطلاق ولعلّ منه الوقف والنذر، وأمّا ما لا يهتمّ به، مثل ما سبق، فيكفي فيه نفس الاشتراط.

ثمّ إنّ سيّدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ ذكر ضابطة أُخرى وهي:

كل عنوان يصحّ جعله مستقلاًّ وابتداءً، يصحّ جعله بالشرط أيضاً ذلك كالوكالة والوصاية والأمانة والوديعة والرهن والقرض فكلّها يصحّ جعلها مستقلاًّ، فإن يقول: أنت وليي ووصيي، وهذه أمانة أو وديعة فمثله يصحّ جعله بالشرط أيضاً بأن يشترط هذه العناوين في ضمن عقد.

وأمّا ما لا يمكن جعله مستقلاًّ كالمبيعية والثمنية للمبيع والثمن فهذا لا يصحّ شرطه، بل يجب أن يتطرّق إلى حصولها من طريق ثالث [1].

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ الكلام يقع في شرط الفعل في ضمن أُمور:

١ـ المتاجر: قسم الخيارات: ٥/ ٢١٥.

الأوّل: في وجوب الوفاء بالشرط:

إذا اشترط فعلاً على المشروط عليه، حتى يقوم به بعد العقد، فهل يجب القيام به تكليفاً ويكون التخلّف عنه عصياناً، أو لا يجب ويكون أثر الشرط جعل العقد عرضة للزوال وللمشروط له الفسخ عند التخلّف؟ وجهان بل قولان:

فخرج عن محطّ البحث أمران:

١ـ حصول الشرط بنفس العقد من دون حاجة إلى القيام به بعد العقد، كشرط النتيجة إذا كان ممّا يحصل بنفس العقد، ولا يحتاج إلى سبب خاص كالوكالة والوصاية وذلك لحصول الشرط ولا معنى لتحصيل الحاصل.

٢ـ تعذّر الشرط في المبيع كما إذا باع الفرس المعيّن على أن يكون عربياً، فبان غيره، لعدم التمكّن من إيجاد الشرط.

ومع ذلك كلّه لا يخلوان عن وجوب الوفاء أيضاً، لكن لا بمعنى القيام بفعلٍ بعد العقد بل بمعنى آخر وهو ترتيب آثار ذلك الشرط المتحقّق بنفس العقد في الأوّل، فعليه تنفيذ ما باعه الوكيل، أو اشتراه وليس له ردّه، فلو ردّه المشتري وطلب الثمن كما إذا لم يكن الفرس عربيّاً كان عليه القبول، وأمّا وجوب الوفاء بمعنى القيام بإيجاد فعل، فهو في غير هذين الموردين.

نسب الأوّل إلى المشهور، والثاني إلى الشهيد، كما نقل عنه التفصيل بين شرط النتيجة، وشرط الفعل من تخصيص الوجوب بالأوّل دون الثاني، ولكنّه ليس تفصيلاً في المسألة بل إنكار للوجوب لما عرفت من خروج شرط النتيجة المتحقق بنفس العقد عن محط النزاع.

لا شكّ أنّ العمل بالعهد ممّا يستقل بحسنه العقل، كما يستقل بقبح نقضه،

وعليه بناء العقلاء حيث يذمّون المتخلِّف ويرون التخلّف بعيداً عن المروءة والفتوّة الإنسانية، وعلى ذلك ندرس ما ورد من الشرع حول العمل بالشرط، فنقول:

إنّ المتبادر من الروايات هو الوجوب التكليفي المستتبع للوجوب الوضعي، وإليك ما يدلّ عليهما:

١ ـ «المؤمنون عند شروطهم»:

لا شكّ أنّ لفظ الحديث جملة خبرية، وردت لغاية الانشاء كقولك مخبراً عن حال ولدك: «ولدي يصلّي» فالغرض هو بعثه على الصلاة، والمعنى المطابقي هو الاخبار بأنّ المؤمنين غير منفكّين عن شروطهم وتعهّداتهم، ولازم ذلك المعنى المطابقي هو المراد الحقيقي، أعني: طلب عدم الانفكاك منهم، وكأنّه قال: «ليكونوا كذلك ولا ينفكّوا عن شروطهم» وهو إمّا عبارة أُخرى عن لزوم الوفاء بالشرط والقيام به، أو لازم اللازم للمعنى الانشائي ، فهناك مداليل ثلاثة:

ألف ـ الاخبار عن عدم الانفكاك.

ب ـ ارادة معناه الكنائي، أي يكونوا كذلك.

ج ـ لازم هذا اللازم وهو وجوب الوفاء بالشرط.

فيستفاد من الحديث وجوب الوفاء على المشروط عليه بما التزم من فعل أو عمل في المستقبل.

وهناك احتمالات في الحديث ضعيفة جدّاً، كالحمل على الندب، مع حكم العقل والعقلاء بالوجوب، أو الحمل على مجرد الاخبار، مع استلزامه الكذب، أو كونه كناية عن اللزوم الوضعي، مع كون سياقه آبياً عنه أو على الحكم الأخلاقي،

مع كون الموضوع هو المؤمنون المقتضي كون عدم الانفكاك آكد وألزم.

٢ـ ما أُرسل في بعض الكتب: «المؤمنون عند شروطهم إلاّ من عصى الله» بناء على أنّ الاستثناء من المشروط عليه أي المؤمنون غير منفكّين عن مشروطهم إلاّ من عصى الله بالتخلّف.

يلاحظ عليه: أنّ الصدر إمّا جملة خبرية استعملت في المعنى الخبري لكن لغاية البعث على عدم الانفكاك، فعندئذ يكون المعنى المناسب للاستثناء، هو ما جاء في ذيل ما سبق من الروايات: إلاّ كل شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ [١] أو إلاّ شرطاً حرّم حلالاً، أو أحلّ حراماً [٢] وعندئذٍ المقصود من «إلاّ من عصى الله» هو من اشترط الحرام لا من عصى بالتخلّف فلا تكون له عندئذ صلة بالبحث.

و إمّا جملة خبرية استعملت في نفس المعنى الخبري من دون أن تقع ذريعة إلى البعث على شيء والمعنى المناسب، للاستثناء حينئذٍ، هو اخراج العاصي عن هذا الاخبار فيكون مفاده أنّ المؤمن بما هو مؤمن، لمقرون مع شرطه، إلاّ العاصي منهم، فإنّه بطبعه، لا يعتد بقوله وتعهّده، وعندئذ تكون له دلالة ضعيفة للمقام فتدلّ على أنّ التخلّف من فروع العصيان.

٣ـ موثقة إسحاق بن عمّار مسندة إلى علي ـ عليه السلام ـ : كان يقول: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فانّ المسلمين عند شروطهم» [٣].

٤ـ إنّ الشرط إمّا جزء من المثمن أو الثمن، فإذا كان تسليم الثمن والمثمن

---

١ و ٢ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار.

٣ـ المصدر نفسه: الحديث ٥.

واجباً تكليفياً بحكم قوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بالعُقود﴾ يكون القيام بالشرط أيضاً واجباً مثله.

ثمّ إنّ الشهيد ممّن ذهب إلى أنّ الوجوب وضعي لا تكليفي واستدلّ عليه بقوله: «إنّ اشتراط ما سيوجد، أمر منفصل عن العقد، وقد علّق عليه العقد، والمعلّق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً أي عند التخلّف».

يلاحظ عليه: ماذا يريد من كون المعلّق عليه أمراً ممكناً؟ فهل يريد كونه أمراً ممكناً في مقابل المحال والواجب بالذات، فهذا صحيح ولكن لا صلة له بالبحث،. وإن أراد أنّه بعدُ غير واجب التحصيل بحكم أنّ العقد معلّق عليه. فهو خلط بين الشرط الفقهي والشرط الأُصولي، فالذي لا يقع تحت التحصيل هو الشرط الأُصولي كما إذا قال: «بعتك هذا بهذا بشرط أن تخيط لي ثوباً إن جاء زيد» ومن المعلوم أنّ مجيئ زيد أمر ممكن، والمعلّق على الممكن ممكن فلو لم يجئ ليس عليه شيء.

وأمّا الشرط الفقهي وهو الفعل الموضوع على عاتق المشروط عليه، فهو ليس أمراً ممكناً أي غير واجب تحصيله، بل يجب تحصيله كما يجب تسليم الثمن والمثمن.

أضف إليه: أنّ الانشاء غير معلّق على الشرط، وإنّما المعلق هو المنشأ فإيجاب البيع مطلق، والبيع المقيد بخياطة الثوب هو المنشأ، فالمقيد مع قيده واقعان تحت الانشاء والبعث، ومعه كيف يكون الشرط أمراً ممكناً غير واجب التحصيل.

الثاني: جواز إجبار المشروط عليه على إنجاز الشرط:

قد عرفت في المسألة السابقة أنّ في وجوب الوفاء بالشرط قولين:

أحدهما: انّـه لا يجب الوفـاء تكليفاً وإنّما فـائدة الشرط، هي جعل العقـد معرضـاً للزوال عنـد التخلّف، وعليه لا مـوضوع للبحث عن معنـى تجويز الجبر عليه عند الامتناع وعدمه.

وثانيهما: وجوب الوفاء تكليفاً وعليه تترتب هذه المسألة وهي جواز الاجبار عند الامتناع وعـدمه، وليس المراد من الاجبار إقدامه بنفســه بل المراد إرجاع الأمر إلى الحاكم الشرعي حتى ينتصف منه له.

وفي المسألة أقوال أربعـة: من جوازه مطلقاً، نسبه الشيخ إلى ظـاهر جماعة، وعدمه كذلك وهو ظاهر تحريـر العلاّمة، وثالثة: التفصيل بين كون الشرط متعلّقاً بمصلحة المتعاقـدين كالتضمين والرهن وايجاد صفـة، وبين غيره كعتقه في سبيل الله، فيجوز في الأوّل دون الثاني، ورابعة: عكس ذلـك، فالاجبار في حقوق الله دون حقوق الناس.

والحق هو الأوّل، لأنّ وجـوب الوفـاء ليس حكماً تكليفيّـاً صرفاً بل تكليفـاً يستتبع حكماً وضعيّـاً وحقّـاً للمشروط له فيجـوز لـه الاجبـار ضرورة أنّ لكل ذي حق، إجبارَ من عليه الحق على ادائه من غير فرق بين تعلّقـه بمصلحة المتعاقدين أو لا حتى مثل العتق والـوقف لله سبحانه، إذ ربّما يتعلّق غـرض البائع، من البيع بعتقه وجعلـه وقفاً، فعندئذ يملك الشـارط على ذمّة المشروط عليه حقّـاً، وهو أن يقوم بالاعتاق، والـوقف لله سبحانه، ولأجله يجوز له الاجبار وإن كـان ما يقوم به،

هو العمل لله سبحـانه، و إلى ما ذكرنا يشير الشيـخ بقوله: «لعموم وجـوب الوفاء بالعقـد والشرط، فإنّ العمل بالشرط ليس إلاّ كتسليم العـوضين، فإنّ المشروط له قـد ملك الشرط على المشروط عليـه بمقتضى العقـد المقرون بـالشرط، فيجبر على تسليمه»[1].

ثمّ إنّ جـواز الاجبار على القـول بوجـوب الوفـاء أمر واضح إنّما الخفـاء في التفكيك، إذ كيف يكون الوفاء بـالشرط واجباً على المشروط عليه لصالح الشارط، ولكن لا يجوز للشارط الاجبار، وفي كلام المحقّق الثـاني ما يصلح لأن يكون وجهاً له قال: إنّ للبائع (الشارط) طريقاً آخر للتخلّص وهو الفسخ (فلا تصل النوبة إلى الاجبار).

يلاحظ عليه: أنّ القول بأنّ كون الخيار مانعاً عن جواز الاجبار، أشبه بالقول بأنّ تضمين الغاصب، مانع عن جواز الدفاع عن المال.

وقد أجـاب عنه الشيخ الأعظـم: بأنّ الخيار شرّع بعـد تعذّر الاجبـار دفعاً للضرر.

ولعلّ وجهـه: أنّ تشريع الخيار، وقلب اللـزوم إلى الجواز، لأجل دفع الضرر المتوجّه إلى المشروط له، ومع جواز الاجبار له، لا ضرر حتى يستدعى الخيار، وقلب اللزوم إلى الجواز.

يلاحظ عليه: أنّ امتناع المشروط عليه من القيـام بالواجب موجب للضرر، ويـدفع بأحـد الأمرين: الاجبـار، والتسلّط على الخيـار، فلماذا يقدم الاجبـار على الخيار ويقـال: بأنّ الخيـار شرّع بعد تعذّر الاجبـار دفعاً للضرر مـع أنّهما في درجة

١ـ المتاجر: ٢٨٥.

واحـدة. هذا من غير فـرق بين كون جـواز الاجبار أمـراً عقلائيـاً أمضاه الشـارع أو كان كالخيار مـن آثار جريان قاعدة «لا ضرر»، وعلى كلّ تقـدير فكما أنّ الخيار ليس مقدَّماً على الاجبار وهكذا العكس بل للشـارط أن يختار ما شاء، وسيوافيك وجهه في المسألة الآتية وأنّهما طريقان عرضيان لا طوليان.

الثالث: في ثبوت الخيار مع القدرة على الاجبار وعدمه:

كان محور البحث في المسألـة الثانية هو جواز الاجبار وعـدمه، فثبت جوازه خلافـاً لمن لا يراه جائزاً بحجّة أنّ الخيـار يغنيه عن الاجبار. وأمّا الكـلام في المقام فإنّما هو في أنّهما عرضيان، أو طوليان وأنّه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الاجبار فيكـون مخيّراً بينهما أم لا يجوز له الفسخ إلاّ مع تعذّر الاجبـار؟ والأوّل هو خيرة التذكرة والثاني هو خيرة الشهيد في الروضة واختاره الشيخ الأعظم قائلاً بأنّه «لا يعرف للخيار مستند مع التمكّن من الاجبار لأنّ مقتضى العقد المشروط، هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً» وقد عرفت كـلامه في المسألة السابقة من أنّ الخيار شُـرّع بعد تعذّر الاجبار.

والظاهر هو الأوّل: لما تقدم غير مرّة من أنّ المدرك الوحيد للخيار في غير ما ورد فيه النـص هو بناء العقـلاء، والخيار عند العقـلاء، مترتّب على تخلّف الشرط وهو حاصل.

وأمّا قوله: مقتضى العقـد هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً فغير واضح، فـإنّ الاختيار والقهـر خارجـان عن مدلـول العقد، والتعهّـد منصرف إلى التبـادل بالطـرق المألوفـة من الثبت في الـدفاتـر والمحاضر والاستعـداد للتسليم والتسلّم، وأمّا القول بتنفيذه بالطرق الجبرية فغير متبادر، ومع ذلك يجوز الاجبار

لأنّه بحكم وجوب الوفاء صار محِقّاً على ذمّة المشروط عليه، ومقتضاه جواز التمسّك بكلّ وسيلة محلّلة توصله إلى استيفاء حقّه.

دليل نافي الخيار مع القدرة على الاجبار:

استدل السيّد الطباطبائي في تعليقته على عدم الخيار مع القدرة على الجبر بأنّ الخيار على خلاف القاعدة يقتصر فيه على مورد الضرر وهي غير جارية في صورة امكان الاجبار أو أنّ مدركه الاجماع، والقدر المتيقّن منه هو غير مورد القدرة كما لا يخفى

يلاحظ عليه: أنّ مدركه هو بناء العقلاء على الخيار عند التخلّف وهو حاصل وذلك لأنّ التعهّد من كلّ من الطرفين كان مشروطاً لبّاً بالوفاء بالمعاملة بتمام أجزائه وخصوصياته، فإذا تخلّف أحد المتعاقدين لم يكن هناك دليل على لزوم الوفاء.

فإن قلت: إذا كان التعهّد مشروطاً بالتعهّد المتقابل فإذا انتفى الشرط يلزم انتفاء أصل التعهّد وبطلان المعاملة لا الخيار.

قلت: إنّ الشرط لم يكن قيداً لأصل التعهّد والالتزام بل كان قيداً لوجوب العمل به، فالحكم بأنّه يجب عليه البتة، كان مقيّداً بقيام الآخر بنفس ما قام الآخر به، ومع التخلّف لا يتوجّه إليه تكليف.

والظاهر أنّ الخيار لا يختص بالتخلّف في خصوص الشرط فلو تخلّف في جانب تسليم العوض أو المعوّض، فله الخيار أخذاً بحكم العقلاء على المبنى الذي عرفت.

نعم قال الشيخ الأعظم: إنّ هذا الكلام لا يجري مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز للآخر الفسخ، لأنّ كلاًّ منهما قد ملك ما في يد الآخر ولا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه، فيجبران على ذلك.

يلاحظ عليه: أنّ العقد كان مشروطاً بالتبادل لبّاً، فلو تخلّف، فلا ملزم لتسليم ما لديه بحجّة أنّه ماله، ولعلّه لخفاء الفرق بين المقام والشرط، أمر الشيخ ـ قدّس سرّه ـ بالتأمّل.

ثمّ إنّ الشرط إمّا لا يحتاج إلى إنشاء كالخياطة أو يحتاج، وعلى الثاني إمّا أن يكفي فيه الانشاء وإن لم يكن فيه تقرّب، أو يحتاج إليه فتكون الأقسام ثلاثة، ففي الأوّل إذا استنكف عن العمل يجبر على اعطائه أُجرة المثل ، وفي الثاني يتوقّف حصول النتيجة على انشائه، فلو انشأ كفى وإلاّ قام الحاكم مقامه لسلطانه على الممتنع فيُنشئ الحاكم بيع دار المتخلّف من العمل بالشرط. وعلى الثالث، يجبر بنفس العمل، كدفع الزكاة والصدقة، وتسقط نيّة القربة وتحتمل نيابة الحاكم عنه في ذلك وله وجه.

الرابع: في حكم الشرط المتعذّر قبل العقد وبعده:

وقبل الخوض في تحليل المسألة نذكر صورها فإنّ الوقوف على صورها نصف معرفتها كما نقل عن السيد الطباطبائي بصورة كلّية [1]:

إنّ الشرط المتعذّر إمّا أن يكون وصفاً من أوصاف الكمال كالكتابة في العبد المعين، أو فعلاً من الأفعال كاشتراط بيع شيء عليه. وعلى كلا التقديرين.

١ـ وقلنا أيضاً: انّ معرفة الأقوال في المسألة نصف الاستنباط.

إمّا أن يكـون متعذّراً قبـل العقد كاشتراط الكتـابة الممتنعـة حين البيع، أو اشتراط بيع شيء معيّـن عليه فبان كونه تالفاً قبل العقد.

أو يكـون متعذّراً بعـد البيع كما إذا بـاع حنطة كليـة وتعهّد أن تكـون حمراء فنفدت الحنطة الحمـراء بعد البيع في السوق قبل الاعطاء، أو اشترط خيـاطة ثوب معيّـن فسرق الثوب قبل اجـراء الخياطة. فهذه صور المسـألة الأربع ويبحث عن الجميع ضمن «قسمين»:

القسم الأوّل: التعذّر قبل العقد:

المقصود هـو الوصف أو الفعل المتعـذّر قبل العقد، ففيها احتمالات ثـلاثة ندرّس كل واحد تلو الآخر:

١ـ إمضـاء العقد وأخذ العوض إذا كـانت له قيمـة ككتابة العبد وخيـاطة الثوب، والمراد أخذ قيمتها أو أُجرتها السوقية.

وردّه السيّد الطباطبـائي في تعليقته على المقام، بأنّ أخذ العـوض فرع تملّكه لذلك الوصف أو لذلك الفعل بالاشتراط المذكـور والمفروض عدمه لعدم وجوده أو عدم وجود موضوعه فلا معنى لتملّكه حتى ينتقل إلى البدل وفي الحقيقة الشرط الكذائي باطل [1].

يلاحـظ عليه: أنّ الامعـان في كلامه يعطـي أنّ الوصف المتعهـد في القسم الأوّل وصف للمبيع الشخصي وفي القسم الثاني وصف للمبيع الكلي، وأمّا الفعل هو تعهد في الـذمة بإجراء عمل في شيء خاص وعلى ذلك نقول: انّـه لا مانع من أن يملك المشروط له العمل المتعهد به في ذمّة المشروط عليه، وإن كان مورد العمل

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ٢/ ١٣٠.

هو الشيء الخاص.

كما أنّه لا مانع من أن يملك الوصف المفقود في المبيع الشخصي لكن بتبع مالكيته للموصوف، ووجود الموصوف كاف في اعتبار مالكية المشروط له للوصف وإن لم يكن موجوداً وإن أبيت إلاّ عن البطلان في الوصف، فلا أرى مانعاً من أن يملك العمل ـ كجميع الشروط الفقهية ـ في ذمة المشروط عليه، ولو عجز عن القيام به ينتقل إلى القيمة.

نعم الاشكال في أخذ العوض، هو أنّ المشروط عليه، تعهّد القيام بالفعل في صورة الامكان لا مطلقاً، حتى ولو كان متعذّراً، وعندئذ تسقط مطالبة القيمة أو الأُجرة ويتعيّن الارش، أي دفع ما تسلّمه منه ليقوم بالفعل عند التمكّن، فإذا لم يتمكّن عن القيام بالتعهّد ينفسخ العقد بالنسبة إليه ويستحقّ أصل ما دفعه وهو ربّما يكون أزيد أو أنقص أو مساوياً مع القيمة.

٢ـ كونه مخيّراً بين الامضاء بلا ارش ومعه وبين الفسخ، وهذا هو الذي اختاره العلاّمة في خصوص التعذّر والصيمري في الأعم من التعذّر والتخلّف.

٣ـ ما اختاره المشهور من كونه مخيّراً بين الامضاء والفسخ، ووجه ذلك ما ذكره الشيخ الأعظم بأنّ المقابلة عرفاً وشرعاً بين المالين والتقييد أمر معنوي لا يعدّ مالاً وإن كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه.

ولما كان ما ذكره منافياً لثبوت الارش في أوصاف الصحّة قال: إنّ ثبوت الارش في أوصاف الصحّة لأجل النص فبقيت أوصاف الكمال تحت القاعدة، أعني: عدم تعلّق الارش لغير المالين.

وأورد عليه السيد الطباطبائي بما هذا حاصله: أنّ الوصف والشرط وإن لم يكونا مقابلين بالعوض في مقام الانشاء إلاّ أنّهما مقابلان به في عالم اللب لأنّ

المفروض أنّ للوصف والشرط قسطاً من الثمن بمعنى أنّهما موجبان لزيادة قيمة العين ونقصانها، ومقتضى هذه المقابلة جواز الفسخ وجواز الارش بمعنى استرداد المقدار الذي زيد لأجلهما في العوض. لا بمعنى بطلان المعاملة بذلك القدر كما في تخلّف الجزء لأنّه فرع المقابلة في عالم الانشاء والمفروض عدمه، بل بمعنى جواز استرداد ما يساوي ذلك المقدار في عالم اللب على ما بيّنوه في خيار العيب من نسبة التفاوت بين القيمتين إلى الثمن والأخذ بمقدار النسبة [1].

وهو ـ قدّس الله سرّه ـ قد ذبّ ببيانه هذا بعض الاشكالات التي أثارها الشيخ الأعظم على القول بجواز أخذ الارش فراجع كلامه.

يلاحظ عليه: بما سبق منّا من أنّه ليس في المقام إلاّ معاوضة حسّية انشائية، وليس عن المعاوضة اللبية عين، ولا أثر بين العقلاء، فليس للمعاملة ظاهر وباطن، ولو فرضنا وجود المعاوضتين فتأثير الوصف أو الشرط لبّاً لا يزيد عن تأثّر الدواعي الباعثة على البيع بأزيد، ومن المعلوم أنّ تخلّف الداعي لا يؤثّر شيئاً ومثلها ما هو الدخيل في ارتفاع القيمة في الضمير. فلا بد من دراسة المسألة واثبات صحّة أخذ الارش بطريق آخر. وهو:

أنّ من لاحظ المعاملات الرائجة بين الناس، يقف على أنّ الثمن يُقسّط على كل ما له دخل في المرغوبية حتى الإناء والغلاف، فضلاً عن الشروط والأوصاف التي ربّما يشترى لأجلها، وتكون هي المطمح في مقام الانشاء فكيف يقسّط الثمن على الأعيان دون هذه.

وما ذكره الشيخ من أنّ التقيّد أمر معنوي وإن كان صحيحاً لكن القيود أُمور مخصوصة وملموسة سواء كان القيد بيع شيء من أمواله للبائع أو ايجاد فعل

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ٢/ ١٣٠. لاحظ أيضاً ص ٤٢٥.

كالخياطة أو شيئاً ثالثاً، فكلّها ملموسات ومتشخّصات في الخارج فلماذا لا تقابل بالمال، فالشروط المذكورة في العقود، أو المبنيّ عليها العقد، تخصِّص لأنفسها قسطاً من الثمن في مقام الانشاء، وإن لم يتشخّص القسط بالدقّة والخصوصية، فلو تعذّر الشرط، فلماذا لا يكون إسترداد ما دفعه في مقابله مطابقاً للقاعدة.

نعم تبقى هنا أسئلة أو اشكالات لازمة للذب:

ألف ـ لو كان الثمن مقسّطاً على الأوصاف و الشروط، يلزم بطلان المعاملة في المقدار الذي يقابله من الثمن، مع أنّهم لا يحكمون بذلك ويحكمون بالبطلان في خصوص تخلّف الأجزاء كما إذا باع صبرة من الحنطة بما أنّه مائة منّ، فبان خمسين منّاً، أو باع ما يملك وما لا يملك حيث يبطل فيما لا يملك.

يلاحظ عليه: أنّ المعاملة في المقدار الذي يقابل الجزء أو الوصف أو الشرط، تكون باطلة مطلقاً ويتلقّاها العرف ظلماً على المشروط له إذا لم يكن هناك ما يجبر ضرره.

فيحكمون ببطلان المعاملة في المقدار الذي يقابل الجزء المفقود من الحنطة أو ما لا يملك، وأمّا الباقي فتكون صحّته متزلزلة من كلا الجانبين لتبعّض الصفقة للمشتري من جانب المثمن وللبائع من جهة الثمن، ومثله المقام فالمعاملة تبطل فيما قابل الجزء وتكون صحّة الباقي أي الفاقد للشرط صحّة متزلزلة فالمشتري مخيّر بين أُمور ثلاثة:

١ـ الردّ، لأجل كون الموجود غير المقصود.

٢ـ الرضا بالموجود، مع استرداد ما قابل الشرط الذي بطلت المعاملة فيه ويكون للبائع عندئذ الخيار لتبعّض الصفقة عليه من جانب الثمن.

٣ـ ابراء ذمته عن ما قابله من الثمن، وهذا ما يقال: له أن يمضى بلا أرش.

وبالجملة: لا فرق بين فقدان العِدْل كما إذا باع ما يملك مع ما لا يملك، وفقدان الأجزاء كالحنطة إذا باعه بها أنّه مائة منّ، فبان أقل، والمشروط أو الموصوف، إذا تعذّر الشرط أو الوصف، ففي الكل تبطل المعاملة بالمقدار المقابل، وصحّة الباقي تكون متزلزلاً في الجميع.

ب ـ لو كان جزء من الثمن مقابلاً مع الشرط أو الوصف المفقودين، لزم أن يكون الارش من نفس الثمن.

يلاحظ عليه: أنّه لا مانع من الالتزام به كما إذا طلب المقرض عين ما أقرضه إذا كان باقياً.

ج ـ لو كان الثمن مقَسَطاً على الجميع، يلزم اشتغال ذمّة البائع به من أوّل الأمر.

يلاحظ عليه: أنّه يلتزم به وأنّ ذمّة البائع مشغولة بما أخذه في مقابله مع أنّه لم يدفع عوضه، ولأجل ذلك لو أمضى مع الارش ورضى المشتري به يكون مطابقاً للقاعدة.

ولو فسخه لكان حقّاً لكون المقصود مغايراً للمعقود.

ولو أمضى بلا أخذ الارش لقد أبرأ ذمّته عنه.

ونحن لا نرى في كون أخذ الارش مطابقاً للقاعدة شيئاً مخالفاً للقواعد، إلاّ أنّ ذهاب المشهور على الخلاف صار سبباً لتوقّف المحقّقين وعدم الجرأة على المخالفة.

القسم الثاني: إذا كان التعذّر عارضاً بعد العقد:

قد عرفت حكم التعذّر قبل العقد، وأنّه ليس هناك شيء إلاّ أخذ الارش لا التفاوت والقيمة السوقية، إنّما الكلام إذا عرض التعذّر بعد العقد، فهو على قسمين:

١ـ إذا كان الشرط ملكيّة عين بعد ثبوت ملكيّتها بالشرط للمشروط له، فماذا حكمه فهل يؤخذ فيها الارش أو العوض والقيمة.

ربّما يحتمل الثاني بحجّة أنّ العين دخلت في ملكه وملكها المشروط له فإذا تعذّرت يجب دفع قيمتها وعوضها لا الارش، أعني: المقدار الذي قابلها من الثمن في مقام المعاملة.

يلاحظ عليه: أنّه وإن ملكها لكنها تلفت قبل القبض فيدخل في القاعدة المعروفة كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ومعنى ذلك انفساخ العقد عند التلف، ووقوع التلف في ملك البائع، وعند ذلك يجب دفع ما قابله من الثمن وهو عبارة أُخرى عن الارش.

٢ـ إذا كان الشرط فعلاً سواء كان مقوّماً في حدّ ذاته كاشتراط عتق عبده، أو لا كاشتراط بيع ما له على البائع بمثل الثمن: فهل مقتضى القاعدة الارش أو العوض؟ الظاهر هو الثاني، وذلك لأنّ البحث في المتعذّر لا المتخلّف، والمشروط له وإن ملك نفس الفعل في ذمّة المشروط عليه، ومقتضى القاعدة القيام بالعمل أو بدفع عوضه أي قيمته السوقية وهي الأُجرة الرائجة، ولكن لما كان تعهّد المشروط عليه محدّداً بحدّ الامكان، لا بحدّ التعذّر والامتناع فعند ذلك تنفسخ

المعـاملة بـالنسبـة إلى المتعذّر فيجب على المشروط عليـه دفع مـا أخـذه منه وهـو الارش.

وبـذلك يعلم أنّ المتعيّــن في صورة التخلّف أي عـدم قيام المشروط عليـه بالخياطة مع التمكّن هو دفع الأُجرة لأنّـه ملكها في ذمّته، فإمّا أن يقوم بها بنفسها أو ببدلها.

وبـذلك يعلم ضعـف ما حكـي عن الصيمـري من عطـف التخلّف على التعذّر.

الخامس: فيما إذا تعذّر العمل بالشرط:

إذا باع داره، واشترط عليـه خياطـة ثوب، أو استنسـاخ كتاب ولكـن تعذّر العمل بالشرط.

فلو كـانت العين باقية ولا مباعـة ولا مرهونـة، فله الفسخ واسترداد العين، وأمّا إذا لم يمكن استردادهـا بوجه من الوجـوه الثلاثة إمّا للتلـف أو لخروجها عن ملك المشروط عليـه، أو جعلها رضا، فهل يصـح الفسخ أو لا ؟ وهذا هـو الذي دعانا إلى البحث عن صور ثلاثة:

الصورة الأُولى: فيما إذا تلف المبيع:

إذا تلفت العين حقيقة أو حكماً كما إذا غصبها غـاصب أو غرقت في البحر وتعذّر العمل بالشرط، فهل الخيار باق أو لا ؟ ربّما يقال بانتفاء الخيار سواء قلنا بأنّ الخيـار يتعلّق بـالعين أم يتعلّق بالعقـد، أمّـا الأوّل فواضح، لانتفـاء موضـوع

الخيار، وأمّا الثاني فالموضوع ـ أي العقد الثاني ـ وإن كان باقياً لكن الغاية من الخيار هو إعمال الفسخ باسترجاع العين، والمفروض كونها تالفة. فتكون النتيجة سقوط الخيار إمّا لعدم الموضوع، أو لعدم ترتّب أثر عليه وهو اعماله بالفسخ لعدم امكان الاسترجاع.

يلاحظ عليه: أنّ الاشكال لا يختصّ بهذا المقام، بل هو اشكال جار في خياري الغبن والعيب إذا تلف المبيع، فقد أوضحنا حال الاشكال وأجبنا هناك وقلنا: إنّ الخيار على قسمين: قسم منه ـ حسب الاستظهار من الأدلّة ـ يتعلّق بنفس العينين بمعنى السلطة على تراد العينين قانوناً، فإذا تلفت العين أو العينان، فلا موضوع للتراد، وذلك مثل خيار المجلس وخيار الحيوان، وقسم منه يتعلّق بنفس العقد والمبادلة الانشائية والتعهّد القانوني الذي له بقاء كبقاء سائر الأُمور الاعتبارية ولا ينتفي إلاّ بأحد الأسباب، والخيار في المقام وفي الغبن، والعيب متعلّق بنفس العقد، ولذي الخيار، السلطة على نقض العقد، والمبادلة الانشائية، وهو متمكّن منه لبقاء العقد عرفاً وقانوناً فموضوع الخيار هو العقد لا العين وهو رهن بقاء العقد، لا بقاء العين بل بقاؤها وتلفها غير مؤثّر في بقاء الخيار وارتفاعه.

فإذا قام باعمال الخيار ينظر إلى الامكانيات الموجودة فإن كانت العين موجودة تردّ نفس العين، وإن كانت تالفة أو كالتالفة يرجع فيه بحكم العقلاء إلى البدل، فإن كان مثلياً فيرُد المثل، وإن كان قيمياً فتردّ القمية.

وهذا كما إذا أتلف الغاصب مال الانسان وهو ضامن لاداء العين ولكنّه لا ينافي الانتقال إلى المثل والقيمة عند عدمها، وبالجملة فكون الموضوع هو العقد والغاية من الفسخ نقض العقد، أمر، وكيفية الخروج عن اداء ما لذي الخيار أمر

آخر، وليس اعمال الخيار رهن الأمر الثاني، فالخروج عنه أمر عقلائي يتبع فيه حكم العقلاء وهو ردّ المثل في المثلي والقيمة في القيمي.

نعم إذا كان يُرجى إخراج المال المغروق من البحر بسهولة فله أن يمتنع عن قبول البدل ويصبر إلى الوصول بنفس العين.

الصورة الثانية: فيما إذا أخرجه عن ملكه:

إذا تصرّف فيها المشروط عليه بأحد التصرّفات المخرجة عن الملك كالبيع لازماً أو جائزاً، وهذه الصورة تنقسم على قسمين:

ألف: إذا تصرّف قبل طروء التعذّر فلا شكّ في صحّة التصرّفات وليس للشارط اجبار المشروط عليه بنقض العقد الثاني حتى ولو كان عقداً جائزاً، وذلك لأنّه كان مالكاً للبيع ملكية تامة غير مشوبة بشيء فكانت التصرّفات منه صحيحة صادرة من أهلها وواقعة في محلّها، فإذا فسخ المشروط له يرجع فيه إلى حكم العقلاء في ذلك الظرف والإمكانيات الموجودة وليس حكمه فيه إلاّ الرجوع إلى البدل مثلياً أو قيمياً.

ب: إذا كان التصرّف بعد طروء العذر وثبوت الخيار للمشروط له، فقد ذكر السيد الطباطبائي فيه احتمالات سبعة نذكر بعضها:

* الصحّة والانتقال إلى البدل سواء كان التصرّف لازماً أم جائزاً.

* الحكم بصحّة ذلك التصرّف لكن للشارط فسخه.

* الفرق بين اللازم والجائز، ففي الثاني يجوز الزام المتصرّف بالفسخ دون

الأوّل.

* الحكم بالانفساخ من الأصل بمعنى الانكشاف عن عدم الانعقاد وإن كان في ظاهر الشرع محكوماً بالصحّة إلى زمان الفسخ.

* الحكم بالانفساخ من حينه.

ولا يخفى أنّ الاحتمالات الثلاثة الأخيرة ضعيفة جدّاً، وذلك لأنّ انفساخ العقد الثاني بلا سبب أمر غير معقول، وأمّا مع السبب فهو يرجع إلى القول الثاني والاحتمال المعتد به هو الأوّل أي الصحّة مطلقاً، والثاني أي الصحّة إذ لم يفسخ المشروط له، ولكن المتعيّن هو الأوّل، لأنّ تصرّفه في المبيع لم يكن تصرّفاً غير قانوني، لأنّ المفروض أنّه كان مالكاً للعين ولم يتعلّق بها حق الغير كالرهانة وغيرها وقد باع وله هذه الصلاحية، فلماذا لا يكون صحيحاً وليس للمشروط له إجباره على نقض عقده بعد كونه صادراً عن أهله وواقعاً في محلّه.

الصورة الثالثة: فيما إذا صار متعلّقاً لحق الغير:

إذا تصرّف فيها على نحو صارت متعلّقة لحق الغير كالرهن فبما أنّ العين باقية غير خارجة عن الملك، فله الفسخ، غاية الأمر لمّا كانت العين متعلّقة لحق الغير له مطالبة البدل حتى يتيسّر الوصول إلى ملكه.

هذا كلّه فيما إذا تعذّر الشرط ولم يكن التعذّر منافياً للوفاء بالشرط، وأمّا لو كان منافياً للوفاء بالشرط كبيع ما اشترط وقفه على البائع، فهذا يخرج من التعذّر ويدخل في التخلّف الذي نبحث عنه تالياً.

إذا كان العقد الثاني منافياً لنفس الاشتراط:

كان الكلام في السابق في تصرّف المشروط عليه تصرفاً غير مناف للاشتراط، وكـان الاشكال مـركزاً على امكـان تأثير فسخ المشروط لـه في ابطال العقـد الأوّل وعدمـه، وقد عرفـت أنّه غير مؤثّـر إلاّ في استحقاق الـرجوع إلى البدل وأمّـا المقام فالبحث مركّز على أمرين:

أحدهما: **ذلك أي في امكان تأثير الفسخ في إبطال العقد الأوّل.**

ثانيهما: انّ العقد الثـاني بما أنّه مناف لنفـس الاشتراط هل يصح أو لا، كما إذا باع داره من زيـد، واشترط عليه أن يبيع كتابـه منه فباعه مـن غيره، فهل العقد الثاني صحيح أو لا.

وبعبارة ثـالثة: الاشكـال هناك من جهـة واحدة وفي المقام مـن جهتين أمّا الجهـة الأُولى فقد مضى الكـلام فيـه وبقي الكـلام في الجهة الثـانية، وربّما يقـال بالبطلان بوجهين:

١ـ تعلّق النهي بالعقد الثاني المقتضي الفساد.

يلاحظ عليه: أنّه ليس في المقام إلاّ أمر واحـد وهو الوفاء بالعقود والشروط، وليس هنا نهي شرعي متعلّق بالبيع الثاني اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ العقد الثاني، ضد الوفاء بالشرط والأمر به مقتضٍ للنهـي عن ضدّه وهو ضعيف لما بيّـن في محلّه من عدم صحّة ذلك الاقتضاء.

٢ـ إنّ العقد الثاني، مصداق لتضييـع حق الغير وهو حرام قطعاً، فيكشف عن تعلّق النهي به فيكون باطلاً .

يلاحظ عليه: أنَّ النهي إنّما يكشف عن الفسـاد إذا تعلّق بنفس المعاملة بما

هي هي أو بأثرها وأمّا إذا تعلّق بعنوان ينطبق عليها فلا ملازمة بينه وبين الفساد فيكون كالنهي وقت النداء.

نعم لا شك في كونه حراماً تكليفاً إذا لم يسبقه اذن فإن سبق الاذن فهو بمنزلة إسقاط حقّه، و إلاّ فيقع موقوفاً على إجازته فيكون أشبه ببيع العين المرهونة، لتعلّق حق المرتهن به ووجه الفرق بين هذه الصورة والصور المتقدمة، هو أنّ المالكية كانت في السابق طلقاً ولم يكن نقص فيها فصحّ له أن يتقلَّب في ملكه كيف شاء، وأمّا المقام فقد تملّك شيئاً تعلّق به حقّ الغير فليس له أن يتقلّب فيه كيف شاء ولو كان منافياً لحقّ الغير، ولأجل ذلك قلنا انّه متوقف على اذن الغير.

إذا تصرّف المشروط له في العين:

إذا تصرّف المشروط له فيما انتقل إليه، وكان له خيار تعذّر الشرط، فهل التصرّف يكشف عن رضاه بالبيع وسقوط خياره أو لا؟ تقدّم الكلام في مثله في خياري الحيوان والعيب وقلنا لو كان التصرّف كاشفاً نوعاً عن الرضا، يسقط خياره، فلاحظ.

السادس: في جواز اسقاط الشرط للمشروط له:

يجوز للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان الشرط، شرط فعل غير متحقّق بعد، كالخياطة بخلاف شرط النتيجة الحاصل بنفس العقد، ككون الحمل ملكاً له عند بيع الدابة، فلا مجال للاسقاط لصيرورته مالكاً للحمل.

وقد استثنى منه مثل شرط الوقف كما إذا قال بعتك بشرط أن توقفه للفقراء، وذلك لاجتماع حقوق ثلاثة فيه حق للمشروط له لتعلّق غرضه بهذا الأمر

المطلوب، وحق لله، حيث يجب عليه، الوقف تقرّباً إليه سبحانه، وحق للفقراء وانتفاعهم به.

ولكن الظاهر كون الحق واحداً وهو حق المشروط له، وأمّا ما يرجع إلى الله فليس إلاّ حكمه سبحانه على العمل بالشرط وهو الوقف لله وهو حكم لا حقّ. وأمّا الفقير فهو ينتفع بتحقق هذا الشرط وليس طرفاً للحق.

ونظيره إذا نذر اعطاء دينار للفقير المعين، وتخلّف، فليس للفقير الاجبار بما أنّه طرف الحق ومتعلّقه وإنّما هو ينتفع به.

نعم لو عمل بالشرط ووقف المبيع، يكون الموقوف عليه طرفاً للحق وله مطالبة غلة الموقوفة واقامة الدعوى على المانع، إذا كان الموقوف عليه شخصياً.

وأمّا إذا كان الشرط هو الوقف للفقراء على الوجه الكلّي، فليسوا أطرافاً للحق، قبل العمل بالشرط، وإنّما هم المنتفعون وأمّا بعده فبما أنّ الموقوف عليهم الفقراء بالوصف الكلّي فليس لفقير خاص مطالبة الواقف بغلة الموقوفة، وإنّما هو وظيفة الحاكم فيجبره على العمل بالوقف من باب الحسبة.

السابع: فيما هو المستثنى من قاعدة عدم التقسيط:

لمّاذهب الشيخ الأعظم ومن تبعه إلى أنّ الشرط من حيث هو شرط لا يقسّط عليه الثمن عند انكشاف التخلّف، عقد المسألة السابعة لبيان ما يستثنى من هذه الضابطة وهو الشرط المتضمّن لجزء المبيع كأن يقول بعتك هذه الأرض على أن تكون كذا ذراعاً، فبان أقل منه.

ولمّاكان المختار عندنا عدم صحّة الضابطة وأنّه لا فرق بين الأجزاء والصفات، وفي الصفات لا فرق بين وصف الصحّة ووصف الكمال طوينا الكلام عن البحث عن هذه المسألة ونبدأ البحث في المسألة التالية.

هل الشرط الفاسد مفسد للعقد أو لا ؟

إنّ عنوان البحث يحكي عن محلّ النزاع وهو أنّه إذا تحقّق العقد بأركانه ولكن تضمن شرطاً فاسداً فهل فساد الشرط يسري إلى العقد أو لا؟ وأمّا إذا كان فساد الشرط موجباً لتسرّب الخلل إلى نفس العقد فهو خارج عن محل البحث، وبعبارة أُخرى: أنّ محل النزاع في افساد الشرط الفاسد بما هو شرط فاسد، للعقد وعدمه ـ مع كونه جامعاً للشرائط في نفسه ـ وأمّا إذا صار فساد الشرط موجباً لخروجه عن كونه جامعاً للشرائط فهو ليس بموضع بحث. وإليك بعض الأمثلة:

١ـ إذا كان الشرط منافياً لمقتضى العقد بحيث يرجع إلى انشاء المتناقضين.

٢ـ إذا كان الشرط مستلزماً للدور.

٣ـ إذا كان الشرط مستلزماً لعدم تمشّي القصد إلى البيع الجدّي كما قيل فيما إذا باعه بثمن نقد وشرط بيعه ثانياً منه بنفس ذلك الثمن، فقد مرّ أنّ العلاّمة، قال بأنّه مستلزم للدور أو لعدم تمشّي القصد.

٤ـ إذا كانت جهالة الشرط موجبة لحدوث الجهل بوجود المبيع أو وصفه أو القدرة على التسليم على نحو يجعل البيع غررياً، كما إذا باع وشرط تسليم المبيع في قلّة جبل أو في وادٍ غير ذي زرع فلا شكّ في كونه مفسداً لتسرّب الخلل إلى شرائط العوضين، وهذا بخلاف ما إذا لم تكن الجهالة موجبة لواحد منها.

وبالجملة البحث مركّز على كون فساد الشرط مفسداً أو لا مع الصيانة على سائر الأُمور وإلاّ فلو لم تكن الأُمور المعتبرة محفوظة فهو خارج عن البحث.

وكما أنّ هذه الصور من الشروط خارجة عن البحث، وكذا الصورة التالية.

٥ـ إذا كان الشرط فاسداً ولكن لم يذكر في العقد، ولم يكن مبنيّاً عليه، فلا شك أنّه غير مفسد لعدم دخله في المعاملة فَدَخَل كل شرط فاسد تضمّنه عقد متكامل الأركان من غير فرق بين شرط وشرط.

نعم ورد النص بالبطلان في بعض الشروط نظير اشتراط جعل الخشب صنماً [1]. ولولا النص كان حال هذا الشرط كسائر الشروط صحّة وفساداً، نعم ربّما صار بعضهم إلى تطبيق النص على القاعدة حتى ولو قلنا بأنّ الفاسد لا يفسد بأنّه يلزم علينا القول بالافساد فيه. لأنّ البائع حصر بالشرط الانتفاع بالمبيع في المحرّم وخلّى المبيع عن المنفعة المحلّلة حسب الشرط ، ولازم هذا بطلان المعاملة بخلاف ما إذا اشترط فعل حرام لا دخل له في كيفية الانتفاع من الثمن أو المثمن.

يلاحظ عليه: أنّه لابدّ في صحّة البيع من اشتمال المبيع بالذات على منفعة محلّلة مقصودة للعقلاء، ولكن حصر الانتفاع في المحرّم إنّما يؤثّر في حصر المنفعة إذا كان صحيحاً، لازم الوفاء ،وإذا كان الشرط فاسداً وغير لازم العمل لا يكون سبباً لحصر الانتفاع في المحرّم، ويكون البيع صحيحاً لاشتمال المبيع بالذات على منفعة محلّلة مقصودة.

إذا عرفت هذا فلنرجع إلى دراسة المسألة فقد حكيت الصحّة عن الاسكافي والشيخ وابن البراج وابن سعيد كما حكي الفساد عن العلاّمة والشهيدين والمحقّق الثاني.

١ـ الوسائل: ج١٢ الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ـ٢.

أدلّة القائلين بالفساد:

استدل القائل بالفساد بوجوه ثلاثة:

الأوّل: أنّ للشرط قسطاً من العوض مجهولاً، فإذا سقط لفساده، صار العوض مجهولاً. وقد أورد عليه الشيخ وجوهاً:

١ــ أنّ المقابلة إنّما وقعت بين الثمن والمثمن، والشرط وإن كان مؤثّراً في زيادة الرغبة ونقصانها ولكنّه لا يقابل بجزء من العوضين سواء أكان الشرط الفاسد في ناحية المعوّض أو العوض.

٢ـ انّ شرط الفعل إنّما هو كوصف الصحّة، وكما أنّ التفاوت بين المتّصف والمجرّد مضبوط فهكذا التفاوت بين الثمن المجرّد عن الشرط والمقارن معه معلوم كما إذا باع عبداً بشرط العتق بسبعين ديناراً ولكنّه بلا هذا الشرط يساوي بثمن آخر معلوم لدى العرف.

٣ـ انّ الجهالة طارئة والقادح كونه عند الانشاء مجهولاً.

يلاحظ عليه: أنّ الاجابة الأُولى مبنية على القول بعدم تقسيط الثمن على الشرط وهو خلاف فرض المستدل وخلاف المختار، والأولى أن يقال: ماذا يريد من الجهالة؟!

فهل المراد أنّ الثمن عند الانشاء مجهول، وهو مردود لأنّ الثمن عبارة عن خمسين ديناراً مع ما انضمّ إليها من الشرط وهو جزء الثمن، وليس الثمن ما يقابله من النقود، حتى يكون جزء الثمن لأجل سقوط الشرط عن الاعتبار مجهولاً.

وإن أراد أنّ جزء الثمن هو ما يقابله وهو مجهول، ففيه ـ مضافاً إلى كونه معلوماً غالباً ـ أنّه غير لازم لأنّ دليل معلومية العوضين لاتدل على أزيد من كون العوض معلوماً، وأمّا معلومية ما انضمّ إلى الثمن من الشرط من حيث مقدار المقابلة فغير لازم، وإلاّ تبطل أكثر المعاملات لأنّ قيمة كل جزء من حيث المقابلة غير معلومة.

وإن أراد أنّه بعد اسقاطه الشرط عن الاعتبار، تبيّن أنّ الثمن كان هو مجرّد الخمسين ديناراً، مع أنّه في نظر المتقابلين غير ذلك .

فيلاحظ عليه: أنّ الجهل وإن كان صادقاً بمعنى الاعتقاد المخالف للواقع، لكن المراد من مانعية الجهل هو الجهل البسيط أي الشاك في العوض لا الجهل المركّب.

على أنّه على القول بالارش لا يكون الاعتقاد المذكور جهلاً مركّباً بل الثمن هو المركّب،غاية الأمر لا يسلم نفس الشرط وإنّما يسلم معادلة من الارش.

الثاني: إنّ التراضي إنّما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص فإذا تعذّرت الخصوصية لم يبق التراضي لانتفاء المقيد بانتفاء القيد وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل فالمعاوضة بين الثمن والمثمن بدون الشرط معاوضة أُخرى محتاجة إلى تراض جديد وانشاء جديد، وبدونه يكون التصرّف أكلاً بالباطل.

يلاحظ عليه: أنّ تصحيح العقد الفاقد للشرط يتوقّف ثبوتاً واثباتاً على أمرين:

١ـ يكون الفاقد نفس الواجد في نظر الناس والمتعاملين، غير أنّ الثاني يفقد

بعض أوصافه الصحّية أو الكمالية.

٢ـ إنّ الانشاء كما يشمل الواجد، يشمل الفاقد أيضاً.

أمّا الأوّل: فلأنّ الأوصاف على قسمين قسم يعد ركناً ويكون ارتفاعه موجباً لانقلابه إلى مبائنه، فلو قال بعتك هذه الصبرة على أنّه كذا حنطة، فبان كذا ارزاً فلا يمكن تصحيحه بالارش والغرامة ولو رضي الطرفان، لا يعد هذا تحقيقاً للمعاملة السابقة بخلاف ما إذا قال: بعتك هذه الصبرة على أنّها حنطة صفراء فبانت حنطة بيضاء، فلو قبل الثانية يعد القبول تجسيداً للمعاملة السابقة ولا تعد معاملة جديدة.

وأمّا الثاني: فلأنّ الانشاء مع كونه أمراً بسيطاً له انبساط على الأجزاء والأوصاف والشرائط، مثل الأمر المتعلّق على الأجزاء والشرائط، فإذا سقط الأمر بجزء أو شرط لنسيان أو اضطرار، يكون بقاء الأمر على الباقي موافقاً للقاعدة ومثله المقام، فإذا منع الشارع من تنفيذ الشرط يكون منعه بمنزلة تضييق انبساط الانشاء فلا يعدّ شمول الانشاء للفاقد أمراً مخالفاً للقاعدة.

نعم إنّما يتمّ هذا البيان إذا دلّت العمومات أو غيرها على صحّة العقد، فيكون كاشفاً عن تضييق الانشاء لا عن اسقاطه عن حدّ الاعتبار.

الثالث: الروايات التي يستظهر منها فساد العقد لفساد شرطه ونذكر منها روايات ثلاث:

١ـ صحيحة عبد الملك بن عتبة [1] قال: سألت أبا الحسن موسى ـ عليه السلام ـ عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو ابتاع منه متاعاً على أنّ ليس عليّ منه وضيعة هل

١ـ رجال السند كلّهم ثقات غير الأخير، فالرواية صحيحة إليه، وأمّا عبد الملك فقد وثّقه العلاّمة في الخلاصة، فلو قلنا باعتبار توثيقات المتأخّرين فتدخل الرواية تحت الصحاح.

يستقيم هذا؟ وكيف يستقيم وجه ذلك؟ قال: لا ينبغي [١].

والاستدلال به يتوقّف على ثبوت أُمور ثلاثة:

١ـ الشرط الوارد في الرواية «ليس عليّ منه وضيعة» شرط فاسد.

٢ـ المقصود من «لا ينبغي» هو الحرمة المتعلّقة بالعقد.

٣ـ النهي عن العقد دليل الفساد.

أمّا الأوّل فيقرّر فساده بأنّ النفع والضرر تابعان للمال فمن كان يملك المال، يملك النفع ويتحمّل الخسران لا من لا يملكه، ولكنّه جعل الشرط، ورود الخسران على غير المالك.

يلاحظ عليه: أنّه من المحتمل أن يكون الشرط جبر البائع ضرره وخسرانه كما هو الرائج لا ورود الضرر عليه مستقيماً. فلا يكون الشرط فاسداً.

أمّا الثاني: فلأنّه لو لم يكن ظاهراً في الحرمة، لكان محمولاً على الكراهة، فموضوعها إمّا العقد وهو لا يجتمع مع الصحّة فكيف يكون صحيحاً وفي الوقت نفسه مكروهاً، وإمّا الوفاء بالشرط، وهو باطل لأنّه آية المروة والكرامة فكيف يكون مكروهاً.

يلاحظ عليه: انّا نختار الثاني، أي كون العقد مكروهاً وكم من عقود صحيحة مكروهة، كبيع الأكفان وسائر المكاسب المكروهة.

أمّا الثالث: فلأنّ النهي عن عقد يشمل على مثل هذا الشرط دليل على أنّ المولى لا يعترف به في محيط التشريع فيكون مساوقاً للفساد.

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٣٥، من أبواب أحكام العقود، الحديث ١.

يلاحظ عليـه: ما تقرّر في الأُصول من أنّ النهي إنّما يـلازم الفساد إذا تعلّق بنفس المعاملـة أو بأثره، وأمّـا إذا كانت المعاملـة مشروعة وتضمّنت شرطاً فـاسداً فـربّما يكون النهـي ارشاد إلى فسـاد الشرط أو دليـلاً على الحرمـة تكليفاً، لافسـاد العقد.

٢ـ خبر الحسين بـن المنذر [١] قـال: قلت لأبي عبـد الله ـعليه السلام ـ : يجيئني الرجل فيطلب العينة فأشتري له المتاع مرابحة ثم أبيعه إيّاه، ثمّ اشتريه منه مكاني قال: إذا كـان بالخيار إن شاء بـاع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بـالخيار، إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتر، فـلا بأس. فقلت: إنّ أهل المسجد يزعمـون أنّ هذا فـاسـد ويقولـون إن جـاء بـه بعـد أشهر صلـح. قـال: إنّما هذا تقـديـم وتأخير ولا بأس [٢].

يظهر وجه الاستدلال بتوضيح فقرات الحديث:

١ــ «العينة» بمعنـى بيع الشيء إلى أجل بـزيـادة على ثمنه مقـابل انتظـار الثمن، وفي النهاية زيادة: «ثم الاشتراء منه بأقل من الثمن».

٢ـ قولـه «فاشتري له المتاع» لا دخل لـه في الحكـم ولو كان مـوجوداً عنده يكون له نفس الحكم وإنّما ذكر لبيان عدم فعلية المتاع وللتنصيص بأنّه باعه بأكثر ممّا اشترى، ثمّ اشترى بأقلّ ممّا باع.

٣ــ قولـه «مرابحـة» في بعض النسخ المصحّحـة جاءت تلك اللفظـة بين «أبيعه» و «إيّاه» فقال: «أبيعه مرابحة إيّاه» أي بثمن أزيد ممّا اشتريته، وهذا أيضاً

١ـ رجال السند غير الأخير من الثقات وأمّا الأخير فلعلّه من الممدوحين.

٢ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

لا دخل له في المسألة.

٤ـ المقصود من «ثم اشتريه منه مكاني» هو الاشتراء فوراً بأقل مما باعه منه. كما صرّح به في روايـة علي بن جعفر الآتية ومـا جاء في الرواية مـن الحيل الشرعية لأكل الربا إذ تكـون النتيجة انّ البائع يدفع عشرة دنانير ويأخذ بعـد شهرين اثنا عشر ديناراً فتتّحد نتيجته مع الربا القرضي.

٥ـ إنّ قـوله: «إن كـان بالخيـار إن شاء بـاع ...» انّ الصحّة المستفـادة من قـوله: «لا بـأس» مختصّة بما إذا لم يكن هنـاك أيّ اشتراط لاشترائه منـه ثانيـاً وإلاّ يكون فيه بأس ومنع.

وأمّا وجه المنع فهو فساد الشرط الموجب لفساد المشروط.

ثمّ إنّ الشيخ ذكـر في ردّ الاستدلال أجـوبة ثـلاثة لا تسكن إليهـا النفس، والأولى أن يقال ـ بعد تسليم دلالة ـ : «البأس على الحرمة والفساد» إنّ وجهه عدم وجود الجدّ للبيع بين المتعاملين والغرض الواقعي لهما هـو دفع الفائض وأكل الربا لكن بصورة البيع والشراء، وإلاّ فلوكان هناك غرض آخر، وكان البيع والانشاء عن جدّ فلا تعمّه الرواية.

٣ـ رواية علي بن جعفر عن أخيه ـعليه السلامـ قال: سألته عن رجـل باع ثوباً بعشرة دراهـم ثمّ اشتراه بخمســة دراهم أيحل؟ قـال: إذا لم يشترط ورضيـا فـلا بأس[1].

وقد ظهر الجواب عن الاستدلال بما ذكرناه في الحديث المتقدّم.

إلى هنـا ظهـر أنّـه ليس للمانـع دليل مقنـع وإليك دراسـة أدلّـة القـائلين بالصحّة.

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

أدلّة القائلين بالصحّة:

قد تعرّفت على عدم صحّة ما استدل به على البطلان، والآن نبحث عن أدلّة القائلين بالصحّة وقد استدلّوا بوجوه نكتفي منها بوجهين:

الأوّل: ما ذكره الشيخ من عموم الأدلّة واطلاقها، أعني: قوله سبحانه: **﴿أَوْفُوا بالعُقود﴾** وقوله تعالى: **﴿أَحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾** بتقريب أنّ العقد صادق على الواجد والفاقد، وارتفاع الشرط لا يخلُّ بالعقد، وقد تعاهد الطرفان على مبادلة مال بمال، و هما محفوظان وإن فقد أحدهما الشرط وبذلك تظهر صحّة التمسّك بقوله: **﴿أَحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾**، لأنّ البيع هو المبادلة بين المالين المحفوظين.

يلاحظ عليه: أنّ الشرط لا يخلو من أحد أُمور ثلاثة:

ألف: كونه قيداً للانشاء.

ب:كونه قيداً للمنشأ أي البيع المقيّد بكذا وكذا.

ج:كونه قيداً للمبيع أي المبيع المقيّد بشرط كذا.

وبما أنّ الأوّل موجب للتعليق فهو خارج عن مصبّ البحث، فتعيّن كونه قيداً لأحد الأمرين، فعلى القول بأنّ الآيتين من قبيل القضايا الحقيقية فلو قلنا بأنّ القيد يرجع إلى المنشأ يكون المنشأ أمراً واحداً، وهو البيع مع هذا الشرط، ولو قلنا بأنّه راجع إلى المبيع يتعلّق الانشاء الواحد على المبيع المقيّد فإذا خرجا عن تحت العموم والاطلاق لأجل فساد قيده،كيف يجوز التمسك بهالاثبات صحّة العقد المجرّد عن الشرط، وتوهّم «أنّ كلاًّ من العقد، والعقد مع الشرط مصداقاً مستقلاًّ للعقد، فإذا خرج الثاني بقى الآخر» غير تام، لأنّ المفروض أنّه ليس هناك

إلاّ انشاء واحد، وبالتالي ليس إلاّ منشأ واحد فإذا تعلّق الانشاء الواحد على مبيع مقيّد، وفرضنا خروج المنشأ أو المبيع المقيّدين فلا يبقى شيء تحت العام.

هذا هو الاشكال في المقام ويمكن دفعه بوجهين:

الأوّل: انّ الانشاء وإن كان أمراً واحداً إلاّ أنّ له انبساطاً على المقيّد والقيد، فإذا فسد الشرط ورفضه الشارع، يتضيّق الانشاء وينسحب عن القيد، فلا يعد بقاء العقد على المقيّد بلا قيد، أو المشروط بلا شرط، عقداً جديداً وبيعاً ثانياً، خصوصاً إذا وافقه العرف، ودلّت عليه الروايات الآتية. هذا من غير فرق بين أن يتعلّق البيع بعناوين كليّة مع قيوده كالحنطة الحمراء، فدفع إليه الحنطة السوداء، أو تعلّق البيع بمبيع خارجي موصوف أو مشروط بقيد، سواء كان الشرط راجعاً إلى المبيع أم كان شرطاً فقهياً يطلب من المشتري أو البائع القيام به، فإنّ لانبساط الانشاء على المقيّد وقيوده، تأثيراً خاصاً في بقائه وعدم عدّه عقداً وبيعاً جديداً، فإذا دلّ الدليل على بطلان الشرط فإنّما يرفع اليد عن نفس القيد، لا المقيّد مع القيد، كما هو الحال في اجراء البراءة عند الشك في أصل جزئية الشيء أو شرطيته أو جزئيته أو شرطيته عند النسيان، فالدليل يرفع الجزئية أو الشرطية من دون أن يمس كرامة الباقي ومثله المقام.

الثاني: التفريق بين وقوع العقد على الأعيان والكلّيات فيصحّ في الأوّل، لأنّ الشرط الموجب للتقييد لا يزيد على التوصيف، ولا اشكال في أنّ البيع المتعلّق بالعين الموجودة الموصوفة بوصف، صحيح عند فقد الوصف مع ثبوت خيار تخلّف الوصف فيه لأنّ الانشاء تعلّق بالخارج الموجود، ولا يوجب التوصيف تعدّده، وفقد الوصف لا يوجب عدم تعلّقه بالموجود، فلا محالة يقع صحيحاً

خياريـاً، بخلاف ما لـو بيع الكلّـي الموصوف، فـإنّ كل قيد يلحق بعنـوان كلّـي يوجب تعدّد العنوان إذ العنوان الموصوف بوصف، يخالف فاقده [1].

يـلاحظ عليـه: أنّـه قاصر عـن اثبات الصحّـة مطلقـاً، كما اعترف بـذلك ـ قدّس سرّه ـ والأولى في اثباتها في تمـام الموارد التمسّك بانبسـاط الانشـاء على الجميع،فإنّ مادلّ على بطلان الشرط يوجب تنقيص الانشاء وانسحابه عن الشرط لا انسحـابه عـن الكلّ، كما هـو الحال فيمن بـاع مـا يملك ومـا لا يملك بكـلا قسميه.

الثاني: الاستدلال بروايات خاصّة:

وقد استدلّ على عدم افساد الشرط الفاسد بروايات نأتي ببعضها:

١ـ روى ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عن الشرط في الاماء لا تباع ولا توهب؟ قـال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنّهاتورث لأنّ كل شرط خـالف الكتاب باطل [2].

فلو شرط في البيع أن لا تورث الأمة، فالشرط باطل والعقد صحيح حسب ظاهر الرواية.

٢ـ روى سعيد بن يسـار عن أبي عبـد الله ـعليه السلام ـ : سألتـه عن الـرجل يتـزوّج المرأة متعـــة ولم يشترط الميراث؟ قـال: ليـس بينهما ميراث، اشترط أو لم يشترط [3].

١ـ المتاجر قسم الخيارات: ٥/ ٢٤٧ بتصرّف.
٢ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٦، من أبواب الخيار، الحديث ٣.
٣ـ المصدر نفسه: ج ١٤، الباب ٣٢، من أبواب المتعة، الحديث ٧.

فلو تزوّج المرأة بمتعة وشرط الميراث، يصحّ العقد دون الشرط، وهذا معنى عدم كون الشرط الفاسد مفسداً.

٣ـ حديث بريرة حيث اشترتها عائشة وأعتقتها،وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا عليها أنّ لهم ولاءها، فقال رسول الله: الولاء لمن اعتق[1].

٤ـ فالرواية تدلّ على أنّ العتق كان صحيحاً وتستلزم صحّتها صحّة البيع المشتمل على الشرط الفاسد فلو كان مفسداً لما صحّ البيع ولا العتق.

٥ـ رواية زرارة قال: إنّ ضريساً كانت تحته بنت حمران فجعل لها أن لا يتزوّج عليها ولا يتسرّى أبداً، في حياتها ولا بعد موتها ... فسأل الإمام الصادق ـعليه السلامـ فأجاب للزوج: لك الحق ، اذهب وتزوّج وتسرّ فإنّ ذلك ليس بشيء، وليس عليك ولا عليها[2].

الثالث: الاستدلال بدليل عقلي وهو أنّ صحّة الشرط فرع صحّة البيع فلو كان الحكم بصحّة البيع موقوفاً على صحّة الشرط لزم الدور، وبما أنّ الدور باطل ينتج أنّ صحّة البيع لا يتوقّف على صحّة الشرط فلو كان الشرط فاسداً لا يفسد البيع.

يلاحظ عليه: أنّ لصحّة الشرط معنيين:

أ ـ كونه صحيحاً في حدّ نفسه من دون ملاحظة كونه جزء من عقد.

ب ـ صحّته بما أنّه جزء في العقد الصحيح.

فكونه صحيحاً بالمعنى الأوّل يتوقّف على عدم كونه مخالفاً للكتاب والسنّة

١ـ الوسائل: ج١٤، الباب ٥٢، من أبواب نكاح العبيد، الحديث ٢.

٢ـ المصدر نفسه: ج١٥ ، الباب ٢٠، من أبواب المهور، الحديث ٢.

وعليه تتوقّف صحّة العقد ولكن لا تتـوقّف صحّة الشرط عليه. فظهر أنّ التوقّف من جانب واحـد وهو: توقّف صحّة العقد على كون الشرط في حـدّ ذاته صحيحاً وهو مـوقوف على عـدم كونه مخالفـاً للكتاب والسنّـة من دون أن يتوقّـف هو على صحّة البيع.

فصارت النتيجة أنّ صحّة الشرط بالمعنى الأوّل مـوقوف عليه وصحّة البيع هو الموقوف.

نعم صحّة الشرط بـالمعنى الثاني أي بما أنّـه جزء العقد يتـوقّف على صحّة العقد المنبسـط على الكل وصحّة الكـل لا تتوقّف على صحّـة الشرط بهذا المعنى وإنّما تتوقّف على صحّة الشرط بالمعنى الأوّل.

ثبوت الخيار في الشرط الفاسد:

قد تعرّفت على وجود الخيار للمشروط له إذا تخلّف المشروط عليه عن القيام به أو عدم وجـوده في المبيع. وإنّما الكلام في ثبوته في الشرط الفاسـد عند التخلّف ومحلّ الكلام فيما إذا كـان هناك تخلّف كما إذا شرطا النتيجـة وكان فاسـداً كملكية الخنزير والخمر، أو شرط الفعل كجعل العنب خمراً وهـو بعد لم يقم به. لا ما إذا لم يصدق التخلّف كما إذا جعل العنب خمراً. قـولان: ذهب الشيخ الأعظم إلى عدم الخيار قائلاً: بأنّ مدرك الخيار الاجماع وقاعدة لا ضرر.

أمّا الاجماع فالقدر المتيقّن منه هو التخلّف عن الشرط الصحيح وأمّا قاعدة لا ضرر فإنّ الشـارط امّا عالم بفسـاد الشرط أو جاهل مقصّـر، فالعـالم مُقدم على الضرر، والقدر المتيقّن من القاعدة نفي الضرر غير الآتي عن تقصير المتضرّر.

يـلاحظ عليه: أنّ دليـل الخيار في غير خيـاري المجلس والحيـوان هو بنـاء العقـلاء وهم لا يفـرّقـون بين الشرطين، إذا كان هنـاك تخلّف مـع جهل الشـارط بالحكم وذلك لأنّ المشروط له و إن تعاهد مع المشروط عليه ولكن كان تعاهده على البيع مع شرط خاص فإذا الغى الشارع القيد الخاص وانسحب الحكم من الأكثر إلى الأقل فللمشروط له أن يتوقـف في لزوم الوفاء قائلاً بأنّ التعهّـد كان واقعاً على الأكثر وأصبـح الآن واقعاً على الأقل فليس هـذا عين ذاك بل أقل من ذلـك، فلا يعتبر هذا التراجع نقضاً للعهـد ولا يمسّ كرامته فلأجل ذلـك له أن يفسخ عهده بحجّة عدم العمل بما تعاقدا عليه.

غير أنّ الأمر الباعث للتوقّف في المسألة عدم الاشارة إلى الخيار في الروايات المتقدّمة. بل في بعضها اشارة إلى عدم الخيار حيث قال: وليس عليك ولا عليها.

اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ الروايات ليست بصـدد بيان الخيار، وإنّما هي بصدد نفي صحّة الشرط وأمّا قـوله: «وليس عليك ولا عليها» فإنّما هـو لأجل خصوصية المورد، وهو النكاح الذي لا يقبل الخيار بالذات.

اسقاط الشرط الفاسد بعد العقد:

إذا قلنا بأنّ الشرط الفاسد مفسد للعقد فهل يفيد اسقاطه بعد العقد أو لا؟ ربّما يقال بـالصحّة بنـاء على أنّ التراضي إنّما حصل على العقد المجـرّد عن الشرط فيكون كتراضيهما عليه حال العقد.

وأورد عليه الشيخ أنّ التراضي إنّما ينفع إذا تعلّق بما وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق كما في بيع المكره والفضولي. وأمّا إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه

العقد فلا ينفع لأنّ متعلّق الرضا لم يعقد عليه ومتعلّق العقد لم يرض به.

يلاحظ عليه: أنّ للعقد الفاسد بقاءً عرفياً وعقلائياً ولم يكن فساده لأجل فقد المقتضي وإنّما كان لوجود المانع فإذا أُزيل المانع مع كمال الاقتضاء فلا وجه للبطلان.

نعم لو كان بطلانه لفقد المقتضي كان لما ذكر وجه.

وأمّا قوله إنّ متعلّق العقد لم يرض به، فمنظور فيه لأنّ متعلّقه هو البيع والمبادلة، وقد رضي له.

نعم لم يرض بتمام المنشأ بل ببعضه فإذا كان للمنشأ أجزاء قابلة للتفكيك عرفاً فلو رضى بالمهم والأركان ولم يرض بالتابع، يصدق عليه أنّه رضى بالمنشأ وإن لم يرض بتمامه.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم طرح أمرين وذيّلهما السيد الطباطبائي بمسائل أُخر لا أرى البحث عنها أمراً مهمّاً فالأولى عطف عنان البحث إلى فصل مهم وهو البحث عن أحكام الخيار.

الفصل الثاني عشر

الكلام في أحكام الخيار

- ❑ ارث الخيار، ويقع في ضمن مسائل:

  أ ـ الخيار موروث بأنواعه.

  الضابطة في تمييز الحكم عن الحق.

  ب ـ في كيفية ارث الخيار مع تعدّد الورثة.

  ج ـ هل الخيار المجعول للأجنبي يُورَث أو لا؟

- ❑ تصرّف ذي الخيار فيما انتقل عنه فسخ. وتصرّفه فيما انتقل إليه اجازة.

  احتمال الفرق بين الخيار المنجز وغيره في جواز التصرّف.

  ايجار المبيع في زمان الخيار بدون إذن ذي الخيار.

  الاذن في التصرّف.

  هل الإذن في التصرّف فسخ؟

- ❑ يُملّك المبيع بالعقد لا به وبانقضاء الخيار.
- ❑ التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له.
- ❑ حكم التسليم في زمن الخيار.
- ❑ عدم بطلانه بتلف العين.

  مسألة في ضمان العين بعد الفسخ.

أحكام الخيار

الأوّل: ارث الخيار

وتحقيقه يتم في ضمن مسائل:

المسألة الأُولى: الخيار موروث بأنواعه.

اثبات الموروثية يتوقّف على ثبوت أمرين:

١ـ كونه حقّاً لا حكماً، فالأوّل يورث في الجملة دون الثاني مطلقاً.

٢ـ كونه حقّاً قابلاً للانتقال. ولولا ثبوتهما، لما أفادت العمومات الواردة في الكتاب والسنّة في موروثية ما تركه الميّت، وإليك البحث عن الأمرين بعد بيان الفرق بين الحقّ والحكم.

الضابطة في تمييز الحكم عن الحقّ:

إنّ من المباحث البديعة في الفقه الإسلامي، تقسيم ما خُوِّل إلى الانسان إلى الحق والحكم والفارق بينهما أخذ السلطة واعمال القدرة في مفهوم الأوّل، ومجرّد جواز الفعل والترك في مفهوم الثاني. فترى الفرق الواضح بين حقّ القصاص، وجواز شرب الماء وأكل اللحم، فيتضمّن الأوّل، السلطة واعمال القدرة، قال سبحانه: ﴿**وَمَنْ قُتِلَ مَظلُوماً فَقدْ جَعَلْنا لِوَلِيّـهِ سُلْطاناً فلا يُسرِف فِي القَتلِ إنَّهُ كانَ**

مَنصورا﴾ (الاسراء/ ٣٣) وفي الوقت نفسه يقول: ﴿وكُلُوا وٱشْرَبُوا ولا تُسْرِفُوا﴾ (الأعراف/ ٣١).

هذه هي الضابطة الكلّية في التعرّف الاجمالي على الحق والحكم. ونستعين في تمييز أحدهما عن الآخر. بلسان الدليل تارة، و الارتكاز العرفي ثانياً، و الاجماع ثالثاً، وآثاره الشرعية رابعاً، فإنّ الحكم لا يقبل الإسقاط ولا النقل ولا الانتقال القهري، لأنّ كلّ واحد منها، تدخّل في مجال الشرع، وبيده زمام الحكم، وهذابخلاف الحق فهو يقبل غالباً[1] واحداً أو أكثر من هذه الأُمور.

ثمّ إنّ الحق تارة يتعلّق على عينٍ من الأعيان، كحق التحجير، وحقّ الرهانة، وحقّ الغرماء، وأُخرى على شخص كحقّ القصاص وحقّ الحضانة وحق القسم، وثالثة على أمر اعتباري كالعقد الذي له ثبوت وبقاء عرفاً[2].

ثمّ إنّ الحقّ من جهة جواز الاسقاط والنقل الاختياري أو الانتقال القهري ينقسم إلى أقسام نشير إليها:

١ـ ما لا يقبل واحداً من الأُمور الثلاثة، أعني: الاسقاط، والنقل بعوض، ولا الانتقال القهري. كحق الولاية للفقيه فإنّه قائم بعنوان خاص كالفقيه العادل، فلا يقبل النقل لأنّ المنقول إليه إمّا واجد لهذا العنوان أو لا. فعلى الأوّل فهو واجد لذلك الحقّ كلّه فله ولاية تامة، ولا يقبل التكرار، فلا موضوع للنقل.

١ـ قلنا: «غالباً» احترازاً عن بعض الحقوق التي لا يقبل واحداً منها، كالولاية على الناس، أو الأولاد فإنّها قائمة إمّا بالعنوان كالفقيه أو الشخص كالوالد والجدّ كما سيأتي.

٢ـ وعلى هذا فالخيار المتعلّق بالعقد اللازم، حق لصاحب الخيار. فله نقض ما أبرم بالسلطان الذي ملكه عن طريق الاشتراط على المشروط عليه ولكن الجواز في العقود الجائزة حكم من الأحكام الشرعية وقد خُوّل الفعل والترك إلى المكلّف كما سيوافيك.

وعلى الثاني فهو غير صالح للولاية ومثله حقّ الولاية للأب والجد فإنّه قائم بالشخص بما أنّه مبدأ لوجود المولّى عليه، فالشخص بهذه الحيثية مورد للولاية لا بدونها. وربّما يُمثّل لهذا القسم بحقّ الوصاية وحقّ الاستمتاع للزوجة والظاهر قبول الأخير الاسقاط حقّاً لا حكماً.

٢ـ ما يقبل الاسقاط دون الأخيرين كحقّ الغيبة والتهمة، نعم يمكن أن يشترط في الاسقاط دفع مال إليه.

٣ـ ما يقبل الاسقاط والنقل الاختياري دون الثالث، كحق القسم، فللزوجة اسقاطه وبذله لضرّتها كما اتّفق في بعض زوجات النبي ﷺ على ما في كتب السيرة.

٤ـ ما يقبل الإسقاط والانتقال القهري بالارث دون النقل كحقّ الشفعة، ووجه ذلك أنّه قائم بالشريك، فالمنقول إليه بالنقل الاختياري إن كان شريكاً في الملك فله مثل ذلك، وإلاّ فلا يثبت له لعدم كونه شريكاً، وأمّا الانتقال القهري فهو لأجل أنّ المنتقل إليه يكون شريكاً مثله، فينتقل إليه بانتقال المال.

٥ـ ما يقبل الجميع كحقّ القصاص والرهانة والتحجير.

٦ـ ما لا يظهر حاله من حيث جواز الاسقاط أو النقل والانتقال ولعلّ منها حقّ الفسخ بالعيوب في النكاح، وحقّ النفقة في الأرقاب كالأبوين والأولاد وذلك لأجل إحتمال كونهما حكماً من الأحكام الشرعية لاحقّاً بيد صاحبهما.

هذه هي المقدمة التي أشرنا إليها فلنرجع إلى الأمرين اللذين أشرنا إليهما في صدر البحث.

أمّا الأوّل: فلا شك أنّ الخيار حقّ لصاحبه وليس حكماً شرعياً محضاً، ويدل

على ذلك ـ مضافاً إلى الارتكاز العرفي، وأنّه يرى أحد الطرفين نفسه حاكماً والآخر محكوماً عليه ـ ما دلّ على سقوطه بالتصرّف الكاشف عن الرضا [1] والحكم الشرعي لا يسقط.

وأمّا الأمر الثاني: أعني: كون الخيار حقّاً قابلاً للانتقال، فنذكر الضابطة حتى يُميّز بها الموصوف بالانتقال عن غيره.

١ـ إذا شكّ في كون شيء حقّاً أو حكماً فلا يحكم به، وذلك للشك في الموضوع.

٢ـ إذا أحرز كون الشيء حقّاً ولكن ثبت أنّ المتعلّق، مقوّم لا مورد، كما في الولاية العامّة والخاصة للفقيه والوالد، والشفعة للشريكين والمضاجعة للزوجين، فلا يحكم به أيضاً.

٣ـ إذا أحرز أنّه حقّ ولكن شك في أنّه قابل للانتقال عرفاً أو لا ، لاحتمال كون المتعلّق مورداً أو مقوّماً فهو أيضاً مثل السابق.

٤ـ إذا ورد النهي الشرعي عن الانتقال بعد كونه قابلاً للانتقال عرفاً كحقّ القصاص بالنسبة إلى الوارث الكافر مع وجود الوارث المسلم، فيُتبع النص ففي هذه الموارد، لا يحكم بالانتقال لما عرفت.

وأمّا في غير هذه الموارد كما إذا أحرز أنّه حقّ لا حكم، وأحرز أنّ المتعلّق ليس مقوّماً بل مورداً وكان عند العرف قابلاً للنقل والانتقال ولم يرد في الشرع نهي عنه ، فيحكم بالانتقال الشرعي، فيكون الارتكاز العرفي طريقاً ومرآة إلى ما لدى الشرع كما هو الحال في الشك في فساد البيع وعدمه، فتحرز الصحّة الشرعية

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ ـ ٣.

بالصحّة العرفية إلاّ إذا منع منه مانع.

وبعبارة أُخرى: إنّ هناك طريقاً إلى كونه قابلاً للانتقال شرعاً، وهو إرتكاز العرف ومتلقّاه، فهو طريق إلى كونه كذلك عند الشرع كما هو الحال في سائر الموارد، مثلاً لا نشك أنّ المضىٰ هو البيع الصحيح الشرعي، ومثله العقد والشرط، والصلح، ولكن من أين نقف على أنّه بيع وعقد وشرط وصلح صحيح شرعاً ؟ ليس الطريق إلاّ كونه كذلك عند العرف، فنستكشف من صحّته عند العرف، كونه كذلك عند الشارع، فتعمّه العمومات والاطلاقات، ومثله الخيار فإذا حكم العرف بأنّه قابل للانتقال لكفى في استكشاف كونه كذلك شرعاً.

وقد صرّح بهذا الأمر الشيخ الأعظم في أوّل المتاجر قبل الورود في بحث المعاطاة.

فإن قلت: إنّ كونه قابلاً للانتقال، وإن كان يمهّد الطريق لشمول العمومات والاطلاقات، ويحرز أنّ موضوعاتها محقّقة محرزة، لكن هذا غير كاف في المقام لأنّا نعلم علماً قطعياً بأنّها خُصِّصت بغير القابل للانتقال شرعاً، فإذا شكّ في كونه قابلاً للانتقال أو لا، فلا يصحّ التمسّك بها.

قلت: فإنّ هذه العمومات وإن خصّصت بالحق غير القابل للانتقال، لكن هناك أمارة عقلائية على أنّ هذا الحق داخل في المستثنى منه، لا في المستثنى وهو إرتكاز العرف. هذا فيما إذا شكّ في القابلية للانتقال وعدمه، وأمّا إذا شكّ في كونه منهيّاً بالنهي التعبّدي فيكفي في ردّه، الفحص وعدم العثور عليه.

والحاصل أنّ طبع الحق يقتضي كونه قابلاً للانتقال، فتشمله العمومات

والاطلاقات الواردة في الكتاب والسنّة، مثل قوله تعالى: ﴿**أحَلَّ اللهُ البيعَ**﴾ وقوله سبحانه: ﴿**أوفُوا بالعقُود**﴾ وقوله تعالى: ﴿**للرِّجالِ نَصيبٌ مِمّا تَركَ الوالِدانِ والأقربونَ وللنِّساءِ نَصيبٌ ممّا تَركَ الوالِدانِ والأقربون**﴾ (النساء/ ٧).

وقوله ﷺ: «ما ترك الميت من حقّ فلوارثه»[١] ولقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» ولقوله: «الصلح جائز بين المسلمين» فالحق في ظلّ هذه العناوين ينقل إلى الغير أو ينتقل قهراً، إذا صدق عليه عنوان: «ما ترك» و «شروطهم».

ثمّ إنَّ للسيد الطباطبائي هناك جواباً آخر عن هذا الاشكال، وحاصله منع ذلك التخصيص، إذ الخارج خصوصيات الحقوق الثابتة كونها مختصّة بأدلّتها الخاصة ولم يخرج عنوان واحد عام، نعم يمكن انتزاع عنوان عام كما في غير هذا المقام، فإنّه يمكن أن يقال: خرج من العمومات، العقود الفاسدة، فمع الشك في الصحّة والفساد لا يمكن التمسّك بها، والجواب واحد وهو أنّه لم يخرج عن العمومات شيء باسم العقود الفاسدة وانّما خرج هذا البيع (الربوي) وذلك البيع (الغروي)[٢].

وحاصله أنّ الشك في المقام يرجع إلى الشك في التخصيص الزائد، فنحن نعلم بأنّه خرج عن تحت العموم، حقّ الولاية، والشفعة، وحق المضاجعة، ولكن نشك في خروج حقّ الخيار، فالشك فيه شك في أصل التخصيص فيرجع إلى عموم العام.

١ـ الوارد من طرقنا: «من مات وترك مالاً فلورثته أو فللوارث».

لاحظ الوسائل: ج ١٧ ، الباب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريرة والامامة، الحديث ٤ و ١٤ ونقله ابن حنبل في مسنده في غير مورد: ٢/ ٢٩٠ و ٤٥٣ و ٤٥٦ . وأمّا في المتن فلا يوجد في مصدر سوى الكتب الفقهية.

٢ـ تعليقة السيّد الطباطبائي، ١/ ٥٦ عند الكلام في تعريف البيع.

هذا هو الطريق الذي سلكه السيّد الطباطبائي وقد مضت ملاحظتنا فيه، وأمّا على مسلكنا، فالارتكاز العقلائي طريق إلى كونه باقياً تحت العام، غير خارج عنه، وأمّا إذا شكّ في النهي التعبّدي فالفحص عنه وعدم العثور على المخصّص يكفي في نفيه.

فروع:

الأوّل: قال الشيخ الأعظم، ارث الخيار ليس تابعاً لإرث المال، فلو استوعب الدين تركة الميت لم يمنع عن انتقال الخيار إلى الوارث.

أقول: هذا مبنيّ على أنّ التركة عند استيعاب الدين لها، لا تنتقل إلى الوارث، فيترتب عليه قوله: إنّ انتقال الخيار وإرثه ليس تابعاً لانتقال المال وإرثه، ويكون المقام نظير الفرع الثالث، أعني: إرث الزوجة الخيار فيما إذا مات الزوج عن عقار اشتراه بخيار، فيجري في المقام ما يجري هناك.

ويؤيّد المبنى قوله سبحانه: **﴿فإنْ كانُوا أكثر مِنْ ذلكَ فَهُمْ شُركاءُ في الثُّلُثِ مِنْ بَعدِ وَصيَّةٍ يُوصىٰ بِها أو دَينٍ غَير مُضارٍ﴾** (النساء/ ١٢).

حيث إنّ الظاهر أنّ وراثة الوارث للمال، بعد اخراج الوصية والدين. ويؤيّده بعض الروايات منها، حسنة محمد بن قيس عن أبي جعفر، قال: قال أمير المؤمنين: إنّ الدين قبل الوصية، ثمّ الوصية، على أثر الدين، ثم الميراث بعد الوصية [١].

١ـ الوسائل: ج١٣، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢، وراجع غيره.

نعم هناك نظرية أُخرى [1] وهي انتقال المال عند الاستيعاب إلى الوارث، غاية الأمر يكون محجوراً عن التصرّف بالبيع والهبة لا عن مثل الخيار الذي ربّما يتم لصالح الوارث، وعلى ذلك يكون انتقال الخيار تابعاً لانتقال المال فيخرج عن كونه مثالاً للمقام.

الثاني: لو كان الوارث ممنوعاً عن الإرث لنقصان فيه كالرقيّة أو قتل المورّث أو الكفر، فيكون مانعاً عن إرث الخيار، لأنّ الموجب لحرمانه عن المال، موجب لحرمانه من سائر الحقوق.

الثالث: لو كان حرمان الوارث لا لنقصان فيه، بل لتعبّد شرعي كالزوجة بالنسبة إلى العقار وغير الأكبر من الأولاد، بالنسبة إلى الحبوة، فهل ترث الخيار أو لا؟ فيه أقوال أو احتمالات أربعة:

١ـ أنّها ترث الخيار مطلقاً.

٢ـ أنّها لا ترث كذلك.

٣ـ التفصيل بين كون ما يَحْرُمُ منه منتقلاً إلى الميت بالبيع ـ كالعقار ـ، وبين كونه منتقلاً عنه، فترث في الأوّل دون الثاني، مثلاً إذا اشترى عقاراً بخيار، ومات قبل انقضاء الأجل، تحرم الزوجة عن العين، ولكن لا تحرم عن الخيار، فلها استيفاء حقّها بالفسخ، وردّ الأرض وأخذ حصتها من الثمن الذي دفعه الميّت إلى المشتري، بخلاف عكسه كما إذا باع عقاراً مع الخيار، وأخذ الثمن ومات قبل

١ـ يظهر من الشيخ الأعظم في الفرع الذي ذكره في كيفيّة استحقاق الورثة للخيار، اختياره. لاحظ الخيارات: ٢٩٣. قال: وإن لم يكن الثمن موجوداً، لا يمنع ذلك من فسخ الورثة وإن كان للميّت دين مستغرق للتركة، فتأمّل.

انقضاء الأجل فليس لها الخيار، حتى ترد الثمن وتستردّ العقار، وهو خيرة الايضاح.

٤ـ عدم الجواز في الصورة الأُولى أي مات الميّت عن عقار اشتراه بخيار، والاشكال في عكسها، أعني: ما إذا انتقل العقار عن الميّت، بخيار له بردّ الثمن واسترداد العين.

وبما أنّه منع في الأُولى وأشكل في الثانية لا يعد هذا القول عكساً للقول الثالث، ومعناه أنّه أفتى بالحرمان في الصورة الأُولى، واحتمل وجهين في الصورة الثانية، وسيجيئ بيان وجه الاشكال.

هذه هي الأقوال أو الاحتمالات في المقام، وإليك تحليلها ببيان حججها:

حجّة القول الأوّل:

إنّ الخيار لا يتوقّف على كون ذي الخيار مالكاً لما يردّ ويستردّ بشهادة أنّه يصحّ جعله للأجنبي، فالأجنبي يفسخ العقد ويردّ ما في يد الموكّل ويسترد ما في يد المقابل من دون أن يكون مالكاً وليست الزوجة بأقلّ من الأجنبي.

ثمّ على هذا القول: إذا فسخ ما انتقل إلى الميّت من العقار يشترك في الثمن المردود بالحصص، وأمّا إذا فسخ فيما انتقل عن الميّت بردّ الثمن واسترداد العقار فهل هي ترث من العقار أو لا؟ سيجيئ بيانه عند نقل حجّة القول الرابع.

يلاحظ عليه: أنّ قياس الزوجة بالأجنبيّ قياس مع الفارق، لأنّ صاحب الخيار من يسترد المال إلى نفسه، أو من هو منصوب من قبله، وبعبارة أُخرى:

صاحب الخيـار من يتملّك المردود لنفسه أو لمن نصـب عنه وهذا غير مـوجود في الصـورة الثـانية أي فيها إذا انتقـل العقـار من الميت، لأنّها لا تـردّه لا إلى نفسهـا لحرمانها عنه ولا إلى سائر الورثة لعدم كونها وكيلة عنها. نعم يتم في الصورة الأُولى أي فيها إذا انتقـل إلى الميـت فإنّها تشترك مـع سـائر الـورثـة في الثمن بحسـب الحصص.

نعم لـو قلنا بأنّـه يشترط وراء تملّك إسترداد المال إلى نفسـه، تملُّك ردّ المال عن نفسه إلى غيره فلا يتم في الصورة الأُولى أيضاً لأنّها غير مالكة للعقار حتى تردّ عن نفسها. ولأجل هذين الشرطين ذهب بعضهم إلى الحرمان مطلقاً كما هو الحال في القول الثاني.

حجّة القول الثاني:

احتجّ القائل بالحرمان مطلقاً بأنّه يشترط في صاحب الخيار أمران: التسلّط على ما يـردّ ليتملّك ما انتقل عنـه، والتسلّط على إسترداده لنفسه، أو إلى مـن هو منصوب من قبلـه، وعلى ضوء ذلك، فهي محرومة عن إرث الخيـار مطلقاً، أمّا فيما انتقل إلى الميّت فـلأنّها ليس لها التسلّط على ما يـردّ (العقار)، وأمّـا فيما انتقل عن الميت فلأنّها وإن كـانت مسلّطة على ما في يـدها من الثمن لكنّهـا ليست مسلّطة على إسترداده لا إلى نفسها ولا إلى مالكها.

وبالجملة: إنّ القائل بوجوب التسلّط على ما في يده، أخرج الصورة الأُولى عن ارث الخيار فيها، وبوجوب التسلّط على مـا في يد الغير، أخرج الصورة الثانية عن ارث الخيار فيها إذ ليس لها التسلّط على العقار المبيع.

حجّة القول الثالث:

احتجّ القائل بالتفصيل بين ما انتقل إلى الميّت وما انتقل عنه، بالوراثة في الأوّل دون الثاني بالبيان التالي:

أمّا حرمانها فيما إذا انتقل عن الميّت فلانتفاء الشرط الذي مرّ في حجّة القول الثاني إذ ليس لها التسلّط على ما في يد المشتري من العقار، وبعبارة أُخرى: ليست مسلّطة على استرداده لنفسها أو لغيرها أمّا إلى نفسها فلحرمانها، وأمّا إلى غيرها فلعدم كونها وكيلة عنه.

وأمّا ثبوته في الصورة الأُولى أي فيما إذا انتقل إلى الميّت، فمقتضى القاعدة وإن كانت اشتراط التسلّط هنا أيضاً على ما يُردّ إلاّ أنّ هناك أمراً آخر رخّص عدم رعاية هذا الشرط، وهو أنّه لو ردّت الورثة الأرض واسترجعوا الثمن لشاركتهم فيه، وهذا يدل على وجود حقّ للزوجة في الثمن المنتقل إلى الغير، فلها استيفاؤها بالفسخ.

وبعبارة واضحة: أنّ مقتضى القاعدة لزوم وجود التسلّط على ما يُردّ، ولأجل ذلك لا يصحّ لأجنبي ردّ ما عند المالك إلاّ إذا كان وكيلاً عنه، ولكن بما أنّ الزوجة تشترك مع سائر الورثة في الثمن المستردّ عند إعمالهم الخيار، يكشف ذلك عن وجود حقّ لها في الثمن فلها الاستقلال في حيازة الحق [1].

---

١ ـ إنّ الشيخ ذكر هذا الوجه بعبارة غير واضحة وقال: ويمكن دفعه بأنّ ملك بائع الأرض للثمن لما كان متزلزلاً وفي معرض الانتقال إلى جميع الورثة، اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذي الخيار، ثبوت حقّ للزوجة، وإن لم يكن لها تسلّط على نفس الأرض.

ثمّ ذكر وجه الفرق بين كون الأجنبي ذا خيار فيشترط فيه التسلّط وبين كون الزوجة ذات خيار فلا يشترط فيها التسلّط، وحاصل الفرق أنّ العقد في الأوّل غير متزلزل إلاّ من ناحية الأجنبي فيشترط فيه التسلّط بخلاف المقام فإنّه متزلزل من جانب سائر الورثة.

يلاحظ عليه: أنّه تخصيص في القاعـدة بلا دليل، إذ لو كان التسلّط على ما في اليد شرطاً في تحقّق الخيار أو إعماله، فلا يفرق فيه بين صورة وصورة.

ثمّ إنّه ماذا يريد من قوله: «من ثبـوت حقّ للزوجة عند فسخ سائر الورثة» فإن أراد ثبوت حقّ لها بعـدَ فسخهم، وهذا ما لانمنعه، ولكنّه لا يثبـت ما ادّعاه، وإن أراد أنّ لها الاستقلال بالفسخ قبـل فسخهم واسترداد الثمن من بائع الأرض، فهو أوّل الكلام.

حجّة القول الرابع:

احتجّ القـائل بـالحرمان، فيما إذا انتقـل إلى الميت بأنّها غير مسلّطـة على ردّ العقار إلى غيرها لتردّ الثمن إلى نفسها، لأنّه عنـد الردّ ملك للورثة ولكنّه استشكل فيما إذا انتقل عن الميـت ولعلّ وجه الاشكـال أنّه لو قلنـا بأنّ العقار بعـد الفسخ يدخـل في ملك الميت ثم ينتقل إلى الـورثة، أو قلنـا إنّه يصير بعـد الفسخ بحكم الأموال الموروثة التي تنتقل إلى غير الزوجة فلا خيار لها، إذ لا تسلّط لها على إسترداد مـا انتقل عن الميت إلى نفسهـا، أمّـا لو قلنـا بأنّ التملّك بـالفسخ ليس إرثـاً ولا بحكمه، والـزوجة إنّما تتلقّـــى الأرض بالفسخ وتصير مـالكة لها فيثبت لـه الخيار لتسلّطها على إسترداد ما انتقل عن الميت إلى نفسها.

هذا ما يستفاد من كلام الشيخ بتوضيـح وتنظيم منّا، وأمّا ما هو المختار في المقام فنقول: إنّ القول بارثها للخيار يتوقّف على ثبوت أمرين:

١ــ عـدم وجود المانـع من وراثتهـا للخيـار أي اجتماع مقوّمـات الخيـار، والغاية المطلوبة منه فيها، وهذا بحث ثبوتي.

٢ـ وجـود عموم أو اطلاق يشمل لارثهـا من الخيار، كأرثها لسـائر الأُمور والأشياء. أمّا الأوّل أي وجود مقوّمات الخيار فيها، فالظاهر عدم قصورها ، وذلك لأنّ الفسخ بـالخيار يقابـل العقد، فما هو مفهـوم العقد، والمعتبر في مقـام الانشاء يعتبر ضدّه في الفسخ بالخيار، أمّا العقد فليس يعتبر في مفهومه إلاّ انشاء التبادل، والترابط الاعتباريين فقط، وعليه لا يعتبر في الفسخ بالخيار، إلاّ نقض هذا الترابط والتبادل في عالم الاعتبار.

وأمّا اعتبار التسلّط على التصرّف فيما يـردّ أو يُستردّ أو اعتبار التسلّط على ردّ ما في يده واسترداد ما في يد الآخر، فليسا مـن مقوّمات الفسخ بالخيار، بل هما من توابعه وآثاره، تطلب حسب صلاحية المورد.

وعلى ذلك فلا مـانع من إرث الزوجـة الخيار كارثها الخيـار في غير العقار، فلهـا الاقتـدار على نقـض العهـد، وفكّـه، وحل التبـادل الانشـائي والترابـط الاعتبـاري، وأمّا أنّـه مـاذا تكون النتيجـة بعـد الحل فهو تـابع لمقتضـىٰ القواعـد والضوابط.

فلو فسخ مـا انتقل إلى الميّت من العقار، تكون النتيجة اشتراكهـا مع سائر الورثـة في الثمن تارة كما إذا قلنا بأنّ الفسـخ، فسخ من حين العقد وحرمـانها منه كما إذا قلنا بأنّ الفسخ، فسخ من حين الفسخ.

فعلى الأوّل يكون المقام أشبه بما إذا ترك الميّت الثمن من أوّل الأمر.

وعلى الثاني يكـون الفسخ بمنزلـة تحقّق معاوضـة بين الورثة وبـائع العقار، فتحرم من الثمن، لأنّ الثمن يدخل في ملك من خرج المعوّض عن ملكه، والعقار خرج عن ملك سـائر الورثة، فيدخل العوض في ملكهم ولم تكن الـزوجة شريكة

معهم فيه.

وأمّا لو فسخ مـا انتقل عن الميّت بأن دفع الثمن وأخذ العقـار، فيجيئ فيه الاحتمالات الثلاثة الماضية [١] عند بيان حجّة القول الرابع.

ثمّ إنّه يتصوّر في المقام وجود موانع عن ارث الخيار:

١ـ إنّ الخيـار سلطة على إسترجاع مـا انتقل عنه، أو على ردّ ما انتقـل إليه، فلو قلنـا باشتراط كلتا السلطنتين، تحرم مطلقاً. ولـو قلنا بلزوم إحـداهما لابدّ من التفصيل الوارد في القول الثالث والرابع.

يلاحـظ عليه: بما عرفت مـن عدم لزوم التسلّـط على الردّ والاسترداد، وإنّما يكفي التسلّط على الحلّ والنقض.

٢ـ إنّ الفسخ عبـارة عن اخراج العـوضين عن ملك المتعاقـدين وادخالها في ملكهما، وهذا المعنى مفقود في المقام.

يلاحظ عليه: بما عرفت انّه لا يعتبر في ارث الخيار واعماله سوى القدرة على الفسخ، وأمّا الاخراج والادخال فإنّما تتبعان الضوابط والقواعد.

٣ـ إنّ الخيـار شرّع لجلب المال إلى ذي الخيـار، وفيما إذا انتقلت الأرض عن الميّت لا يكون الخيار للزوجة، إذ ليس فيه أيّ جلب مال بالنسبة إليها.

يلاحظ عليـه: أنّه لا دليل على هذا الشرط، وربّما تكمن المصلحـة للزوجة في ردّ العقـار إلى ملـك الـورثـة، أعنـي: أولادهـا. وإن لم يجلـب لها مـال. والحاصـل أنّ الخيـار شُـرّع ، لجلب المصلحـة والتجنّـب عن المفسـدة، وربّما

١ـ أي قولنا: لو قلنا بأنّ العقار بعد الفسخ يدخل في ملك الميت ...

تتحقّق مصلحة الزوجة في رجوع العقار إلى ملك أولادها [١] وإن لم يجلب لها المال.

هذا وانّ السيد الاصفهاني ذهب إلى نفس ما اخترناه فقال: «ولو كان الخيار متعلّقاً بمال خاص يحرم عنه بعض الورثة كالعقار بالنسبة إلى الزوجة، والحبوة بالنسبة إلى غير الولد الأكبر، فهل يحرم ذلك الوارث عن الخيار المتعلّق بذلك المال مطلقاً؟ أو لا يحرم مطلقاً؟ أو يفصل بينهما إذا كان ما يحرم عنه الوارث منتقلاً إلى الميّت، وما كان منتقلاً عنه، فيحرم في الثاني دون الأوّل ففيما إذا انتقل العقار إلى الميّت وكان له الخيار ترثه الزوجة بخلاف ما إذا باع العقار، وكان له الخيار، فلا ترثه، وجوه وأقوال أقواها أوسطها» [٢].

هذا هو مقتضى القواعد فإن تمت وإلاّ فلا مناص عن القول الثاني وهو الحرمان لمناسبات مغروسة في ذهن العرف يوجب انصراف دليل الخيار إلى من له السلطة إلى ردّ ما في يده وأخذ ما في يد الآخر، وكل واحدة من الصورتين فاقدة لواحد من هذين الشرطين. وبذلك يستغنى عن البحث عن الأمر الثاني أعني وجود اطلاق أو عموم.

المسألة الثانية: في كيفية ارث الخيار مع تعدّد الورثة:

إذا ثبت أنّ الخيار حق موروث، يقع الكلام في كيفية ارث الحق الواحد مع

١ـ إنّ لشيخ الشريعة رسالة مفردة في تحقيق حال الصورة الأُولى ـ إذا فسخ العقد بعض الورثة لا نفس الزوجة ـ أسماها بـ «ابانة المختار في ارث الزوجة عن ثمن العقار بعد الأخذ بالخيار». وقد طبعت وانتشرت بتقديم منّا.

٢ـ وسيلة النجاة: ٢/ ٣٢ بحث خاتمة في أحكام الخيار.

كون الوارث متعدّداً، وجه الاشكال أنّه ليس الحق كالمال، حتى يشترك فيه الأفراد حسب السهام والحصص، بل هو أمر واحد، فكيف يتسلّط عليه افراد، فلا محيص إمّا عن تكثير الواحد، أو توحيد الكثير، وقد ذهب القوم في حلّ الاشكال إلى مذاهب نشير إليها:

١ـ أنّ الحق الواحد يتكثّر حسب تكثّر الورثة، فيستقل كل بالخيار، ولأجل ذلك يُقدَّم الفاسخ على المجيز، وإن تأخّر الفسخ وليس ذلك ببعيد، فإنّ حقّ القصاص ، وحقّ القذف، وحقّ الشفعة يتكثّر مع تكثّر الورثة.

٢ـ أنّ الحق الواحد يتكثّر حسب السهام والحصص، لا حسب تكثّر الافراد، فكلّ واحد من الورثة يملك خياراً حسب حصته، غاية الأمر لو أجاز الباقون، وفسخ واحد تبعّضت الصفقة على المشتري، فله الخيار.

٣ـ أنّ الحق الواحد يرثه مجموع الورثة بما هو هو، فلا يجوز لواحد الاستقلال بالفسخ لا في الكل، ولا في البعض، فلو لم تجتمع كلمتهم على الفسخ لا يؤثّر، لعدم تحقّق الموضوع.

٤ـ قيام الخيار بالمجموع بما أنّ المجموع من مصاديق طبيعة الوارث، والطبيعة كما تتحقّق في ضمن الواحد تتحقّق في ضمن المجموع، وهذا غير القول بقيام الخيار بالمجموع ابتداءً، وفرع عليه الشيخ بأنّ لازم ذلك هو كون التأثير للمتقدم من الفاسخ والمجيز، فلو أجاز لم يؤثّر الفسخ، كما أنّه لو فسخ لم تؤثّر الاجازة.

هذه هي الوجوه المتصوّرة، وإليك تحليلها بدليلها.

أمّا الوجه الأوّل: فقد استدلّ له بأنّ ظاهر النبوي [1] وغيره، ثبوت الحق لكلّ وارث لامكان تعدّد مـن لهم الخيار بخلاف المال الذي لابدّ من تنـزيل مثل ذلك فيـه على ارادة الاشتراك، لعـدم امكان اجتماع الملاك شرعـاً لمال واحـد، بخـلاف الحق.

يلاحظ عليه: **أوّلاً:** أنّ النبوي غير ناظر إلى كيفية الـوراثة، وإنّما هو في مقام بيان أصـل الوراثـة للحق وهكذا حـال غيره من آية المواريـث، وأمّا بيـان الكيفية فترك إلى العرف والعقلاء.

وثانياً: أنّ الحق الموروث حـقّ شخصي لا نـوعـي كلّـي، فكيف يتصـوّر أن يتبـدّل الحق الـواحد الشخصي إلى حقـوق متعـدّدة مـن دون كسر وتبعّض في الحق.

وبعبـارة أُخرى: أنّ الـوارث يرث نفس مـا كان المورِّث يملكـه، وهو كـان واحداً شخصياً، فيبقى على حاله بعد الموت، فهو شخصيّ حدوثاً وبقاءً، فتوصيفه بالوحدة حيّاً وبالتعدّد الحقيقي ميّتاً عجيب.

إنّ الأُمور الاعتبارية، وإن كانت لا توصف بالاستحالة، لكن ليس الاعتبار أمراً اعتباطياً غير خاضع لقانـون عقلائي يراعيه العقلاء في اعتباراتهم، بل يشترط في جميع الاعتبـاريات العقـلائية عـدم التنـاقض في الاعتبار، وإلاّ يصير أمـراً غير عقلائي، وعلى ضوء ذلك فلو كـان الحق الموروث واحداً شخصياً في عالم الاعتبار، وكان الوارث يرث نفس ما تركه الميّت، فكيف يتعدّد تعدّداً حقيقياً، ولا محيص في رعاية هذا الشرط عن اعتبار كونه واحداً شخصياً بقاءً كما كان كذلك حدوثاً، ومع

١ـ لاحظ ص ٥٥٢.

وحدته في كلتا الحالتين لا يتصوّر تعدّد الحقوق.

نعم للشارع أن يجعل لكل وارث خياراً مستقلاً جعلاً ابتدائياً لا جعلاً تبعياً للميراث وهو خارج عن موضوع البحث، ولعلّ بعض ما استدلّ به القائل على تكثّر الحقوق من هذا القبيل بمعنى أنّ الكثرة لأجل الجعل الابتدائي من غير كونه تابعاً للارث، وإليك تحليل ما استند إليه من الأمثلة الثلاثة.

أمّا حق القصاص، فالظاهر أنّه من قبيل الجعل الابتدائي لكلّ ولي بشهادة قوله سبحانه:

﴿ومن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلنا لِوَلِيّهِ سُلطاناً فَلا يُسرف في القَتلِ إنَّهُ كانَ مَنْصُورا﴾ (الاسراء/ ١٧).

فإنّ ظاهر الآية جعل السلطان لمطلق الولي، وهو مطلق الوارث واحداً كان أم متعدّداً، فيكون لكل واحد حقُّ القصاص، فلو عفا بعضهم لجاز استقلال الآخر بالأعمال مع أداء سهم غيره من الدية.

نعم يقع الكلام في أنّه إذا توفّي أحد الورثة هل ينتقل حقّ القصاص إلى أولاده أو لا، فعلى الأوّل لا يكون لكل واحد من الورثة حقّاً مستقلاً، لما عرفت، إلاّ إذا كان هناك جعل مستقل مثل الجعل للطبقة الأُولى من الورثة .

وأمّا حق القذف، فالظاهر من الرواية الواردة فيه، أنّه لا يورث، بل هو أيضاً من باب الجعل الابتدائي للوارث، قد ورد في موثقة عمّار الساباطي عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ قال: سمعته يقول: إنّ الحدّ لا يورث كما تورث الدية والمال، ولكن من قام به من الورثة فهو وليّه، ومن تركه فلم يطلبه فلا حقّ له، وذلك مثل رجل قذف، وللمقذوف أخ ، فإن عفا عنه أحدهما كان للآخر أن يطلبه بحقّه لأنّها

أُمّهما جميعاً، والعفو إليهما جميعاً [١].

وفي موثقة السكوني: «الحدُّ لا يورث» [٢].

فمعنى الحديث مع نفي الوراثة، هو ثبوت الحقّ لكل واحد من الورثة ابتداءً واستقلالاً من دون أن يرث كل واحد ذلك الحقّ من جانب أُمّه، خصوصاً إذا كانت الأُم ميتة، فلو تعلّق بها حقّ لا ينتقل حقّها إلى الأولاد وراثة، لأنّ الانسان يرث ما للمورّث حال كونه حيّاً، لا ما يرجع إليه حال كونه ميّتاً إلاّ ما خرج بالدليل كما هو الحال في الدية المتعلّقة بالميت، إذا أصابه سهم فالدية تنتقل إلى الورثة حسب النص .

وأمّا الشفعة، فيلاحظ عليه: أنّ ثبوت الارث في حقّ الشفعة محلّ خلاف، فقال المفيد والمرتضى وأبو علي والشيخ في بيع الخلاف، وابن إدريس ويحيى بن سعيد، وعدّة من المتأخّرين: إنّ الشفعة تورث مستدلاً بالمرسل: «ما ترك الميّت من حقّ فهو لوارثه» ولكن الشيخ في النهاية ومحكي الخلاف هنا وصاحب المهذّب والوسيلة، وغيرهم قالوا: لا تورث، بل عن المبسوط نسبته إلى الأكثر تعويلاً على رواية طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي ـ عليه السلام ـ أنّه قال: إنّ

---

١ و ٢ـ الوسائل: ج١٨، الباب ٢٢، من أبواب حدّ القذف، الحديث ١ و ٢ و ٣، ولاحظ الباب ٢٠، الحديث ٣ رواية سماعة، والمقذوف الحقيقي هو الأُم، وبسببها يكون الأولاد أيضاً مقذوفين، ولأجل ذلك وصف الأولاد أيضاً بكونهم مقذوفين. وبذلك يعلم مفاد حديث سماعة:

... فان كانت أُمّه قد ماتت فإنّه وليّ أمرها يجوز عفوه.

نعم ذكر صاحب الوسائل في عنوان الباب لفظ الميراث، وهو يرجع إلى استنباطه وليس في الروايات، ما يدل على ذلك غير لفظ الوليّ وهو أعم من الوراثة.

رسول الله ﷺ قال: لا تورث الشفعة [1].

وعلى فرض ثبوت الارث، فالمشهور الذي وصفه صاحب الجواهر بقوله بلا خلاف أجده [2] هو أنّها تورث كالمال، وتقسّط على النصيب، فلو ترك زوجة مثلاً وولداً، فللزوجة الثمن، وللولد الباقي ومع ذلك(أي التقسيط) كيف يوصف تعدّد الحق بكونه اجماعياً؟ نعم ذكر المحقّق بأنّه لو عفا أحد الورّاث عن نصيبه لم يسقط، وكان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع، وفيه تردّد ضعيف.

وعلى ذلك فما ذكره أخيراً اجتهاد من المحقّق، وإلاّ فهو حسب القواعد لا يأخذ إلاّ نصيبه.

اللّهمّ إلاّ أن يقال: إذا حاول جميع الورثة أن يأخذوا بالحق فيقسَّط الحقّ وأمّا مع عدم إرادة البعض فيبقى الآخر بلا مزاحم فيأخذ الجميع دفعاً للضرر، فتأمّل.

هذا كلّه حول الوجه الأوّل.

وأمّا الوجه الثاني: فقد أورد عليه الشيخ بأنّ تجزئة الخيار بحسب متعلّقه لم يدل عليه دليل لا النبوي ولا غيره، وغاية ما يستفاد من آية المواريث بعد ملاحظة عدم انقسام المتروك هنا، ثبوت القسمة فيما يحصل باعمال هذا الحق أو اسقاطه، وأمّا ثبوت الخيار لكل منهم مستقلاًّ في حصته فلا يستفاد منه.

يلاحظ عليه: أنّه لم يدل دليل على عدم انقسام الحق كانقسام المال، فإذا كان الحق راكباً على العين فالمتبادر عرفاً انقسامه حسب انقسامها، وهذا أشبه بانقسام العرض، كالكيف المبصر بانقسام محلّه، فالحكم بانقسام المال دون الحق،

١ـ الوسائل: ج١٧ الباب ١٢ من كتاب الشفعة، الحديث ١.

٢ـ الجواهر، ج٣٧، ص ٣٩١ـ٣٩٣.

حكم بلا دليل. ألا ترى أنّ حقّ التحجير الموروث ينقسم حسب اجزاء الأرض والتحجير الواقع عليه، كما أنّ حقّ الرهانة إذا مات المرتهن ينقسم حسب مالكية الورّاث للعين المرهونة، وهذا القول هو الموافق للارتكاز العرفي، وأمّا ما ذكره في ذيل كلامه من ثبوت القسمة فيما يحصل باعمال هذا الحق أو اسقاطه فلا صلة له بالمقام، لأنّ الكلام في انقسام الحق لا في أحكام الفسخ، إذ لا شكّ أنّ الفسخ يؤدّي إلى ما ذكره.

وأمّا الوجه الثالث: أي ثبوت الحق الواحد للمجموع، فهو خيرة الشيخ الأعظم وسيدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّهما ـ وأقصى ما عندهما في اثباته، هو أنّ حقّ الخيار لا ينحلّ إلى حقوق ضرورة أنّه لم يكن للمورّث إلاّ حقّ واحد متعلّق بالمبيع ولم يكن له إلاّ فسخ الجميع، أو امضاؤه، وهو بهذا الوصف ينتقل إلى الورثة، فلا تنحلّ إلى حقوق حسب الرؤوس أو السهام [1].

يلاحظ عليه: أنّ كلامهما مشتمل على أمرين:

إمّا الأمر الأوّل: وهو التركيز على أنّه حقّ واحد لا يتعدّد، فهو كلام تام يبطل الوجه الأوّل لا الوجه الثاني، فإنّه على الوجه الثاني أيضاً حقّ واحد ينقسم إلى سهام حسب انقسام العين، فمجموع السهام لا يعدو أنّه حقّ واحد، وخيار فارد.

وأمّا الأمر الثاني: وهو أنّ المورّث كان له امضاء الجميع أو فسخه، والحقّ بهذا الوصف ينتقل إلى الورثة، فيلاحظ عليه أنّ هذا الوصف لم يتغيّر، فهو باق بصورة أُخرى، وهي أنّه لو فسخ بعض الورثة دون بعض فلا ينفذ إلاّ مع رضا

١ـ الخيارات: ٥/ ٢٦٢.

المفسوخ عليه، و إلاّ فله فسخ المعاملة من رأس لتبعّض الصفقة عليه.

أضف إلى ذلك أنّ ما ذكره (من أنّ له امضاء الجميع أو فسخه) لم يكن من أحكام الخيار، بل من لوازم المورد وخصوصياته، لأنّه إذا كان المالك واحداً، لا يكون لـه إلاّ ما ذكر، وأمّا إذا تعدّد الملاك وتعدّد الحق تبعاً، يكون لكلّ ذي حقّ حقّه.

وأمّا الوجه الرابع: فإليك عبارة الشيخ في حقّه. قال: وهناك معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، وهو أن يقوم بالمجموع من حيث تحقّق الطبيعة في ضمنه، لا من حيث كونه مجموعاً، فيجوز لكل واحد منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر، لتحقّق الطبيعة في الواحد، وليس لـه الاجازة بعد ذلك كما أنّه لو أجاز الآخر لم يجَز الفسخ بعده، لأنّ الخيار الواحد إذا قام بماهيّة الوارث واحداً كان أو متعدّداً، كان امضاء الواحد كفسخه ماضياً، فلا عبرة بما يقع متأخّراً عن الآخر لأنّ الأوّل قد استوفاه. ولو اتّحدا زماناً كان ذلك كالامضاء ...[1].

فظاهر العبارة يعطي أنّ الموضوع طبيعة الوارث، وله مصداقان في الخارج، أحدهما: كل واحد من الورّاث، والآخر: مجموعهم: فالخيار متعلّق بالمجموع ، بما أنّه مصداق للطبيعة.

وليس مراده عدم انطباق طبيعة الوارث، إلاّ على المجموع لأنّه يحتاج إلى تقييد الموضوع حتى لا ينطبق إلاّ عليه، مضافاً إلى أنّه خلاف صريح كلامه.

يلاحظ عليه: أنّ الاعتبار يشتمل على التناقض، لأنّ صرف الوجود كما ينطبق على المجموع ينطبق على الواحد، وانطباقه عليهما في عرض واحد يستلزم

١ـ الخيارات: ٢٩٢ ط تبريز.

التناقض، فبما أنّ كل واحد مصداق للموضوع يرجع ذلك التفسير إلى المعنى الأوّل فيستقل كلّ بخياره، وتكون النتيجة تقدّم الفاسخ على المجيز، وبما أنّ المجموع هو المصداق تكون النتيجة عدم نفوذ الفسخ إلاّ مع الاتفاق.

وبذلك يعلم أنّ ما فرع عليه الشيخ من أنّ الحكم للمتقدم، غير تام لما عرفت أنّ النتيجة على كل تقدير غير ذلك فعلى القول بكون كل واحد مصداقاً تكون النتيجة تقدّم الفاسخ مطلقاً، وعلى الآخر يتبع الحكم نظر المجموع والحق أنّ النظرية الرابعة مبهمة غير واضحة، ولأجل ذلك نرى أنّ السيد الاصفهاني يذكر من الاحتمالات، الثلاثة الأولى ويقول: «لا اشكال في ما إذا كان الوارث واحداً وأمّا إذا تعدّد ففي كون الخيار لكل منهم بالاستقلال بالنسبة إلى الجميع أو بالنسبة إلى حصّته أو للمجموع بحيث لا أثر لفسخ بعضهم بدون ضمّ الباقين لا في تمام المبيع، ولا في حصته، أقوال، أقواها الأخير ثم أوسطها»[1].

فرع:

إذا اجتمعت الورثة على الفسخ فيما باعه مورّثهم، فهنا صور، وإليك بيانها:

١ـ إذا فسخت الورثة وكان عين الثمن موجوداً بعد موت المورِّث، فحكمه واضح، وهو أنّه يدفع نفس الثمن إليه.

٢ـ إذا كان الثمن تالفاً سواء تلف في حياة المورّث أو بعد موته، ولكن كان للميّت مال آخر أُخرج من ماله سواء كان للميّت دين أو لا.

١ـ وسيلة النجاة: للسيد الاصفهاني ج٢ بحث خاتمة في أحكام الخيار المسألة الأُولى.

٣ـ نعم لو كان للميّت دين مستغرق للتركة هل للورثة الفسخ أو لا ؟ قال الشيخ بالأوّل قائلاً بأنّ المحجور، لـه الفسخ بخياره، وفي اشتراط ذلك بمصلحة الديّان وعدمه وجهان، ولو كانت مصلحتهم في الفسخ لم يجبروا الورثة عليه، لأنّه لهم فلا يجبرون على إعماله. نعم يشترط أن لا يكون الفسخ والأداء عن التركة سبباً لحرمان الديّان عن بعض ديونهم.

إنّما الكلام إذا لم يكن للميّت مال، وفسخت الورثة وله صورتان:

٤ـ لم يكن للميّت دين فتكلّفت الورثة بدفع الثمن،سواء قلنا بانتقال العين إلى الميت أو الورثة.

٥ـ إذا كان للميّت وراء ثمن المبيع التالف دين، فقد ذكر الشيخ الأعظم احتمالين:

ألف:أنّ للورثة حقّ الفسخ وانحلال العقد المستلزم لدخول المبيع في ملك الميّت يوفى عنه ديونه وخروج الثمن من ملكه في المعيّن واشتغال ذمّته ببدل الثمن في الكلي.

ب:أنّ الورثة قائمون مقام الميّت يتملّكون العين وتشتغل ذممهم بثمنها من حيث إنّهم كنفس الميت[1].

أقول: العرف يساعد القول الثاني، فإنّ الميّت لا تكون له ذمّة ولا يكون مالكاً، والأموال كلّها تنتقل إلى الورثة من غير فرق بين العاجل والآجل على أنّ مفاد الوجه الأوّل هو أداء دين الميّت عن العين المستردّة، وإيكال من عليه الخيار بالنسبة إلى الثمن، إلى ذمة الميت أو مشاركته مع سائر الغرماء وهذا ما لا يقبله

١ـ الخيارات: ٢٩٣، وفي العبارة اطناب وتعقيد وما ذكرناه لبّ مراده.

الذوق السليم. ولم يتعهد من عليه الخيار، بدفع العين بالفسخ، بلا دفع ثمن.

نعم يبقى هناك اشكال على هذا المبنى، وهو أنّ ماهية الفسخ عبارة عن انحلال العقد الخاص الجزئي، اللازم منه رجوع كلّ عوض إلى محلّه الأوّل، فلو خرج العوضان عن ملك البائع والمشتري بالبيع، يجب أن يرجعا إلى محلّهما الأوّل فلو رجعا إلى غيرهما (بأن رجع المبيع إلى الورثة) كان ذلك خلافاً للغرض لأنّ الفسخ حلّ البيع الشخصي الواقع على العوضين الخارجين عن ملك صاحبهما وارجاعهما إلى محلّهما.

وعلى ذلك فيجب أن تنتقل العين إلى الميّت، وإلاّ لا يعقل تحقّق ماهية الفسخ في ارث الخيار[١].

يلاحظ عليه: أنّ الموت سبب ــ عرفاً وشرعاً ـ لانتقال كل ما للمورّث من مال فعلي أو شأني إلى الورثة، أمّا الفعلي فواضح وأمّا الشأني فكالمبيع الذي لو فسخه لملك، فإذا مات، انتقل كل ما يتعلّق فعلاً أو شأناً إلى الورثة، فيقومون مقامه ويكونون هم المسؤولون للأخذ والردّ، وعلى ذلك، فلو فسخوا يدخل البيع في ملكهم لا في ملك الميت فلو كانوا عاجزين عن دفع الثمن أو متضايقين عن الأداء، فللمشتري حبس العين حتى يأخذ عنهم.

وما قيل: إنّ الفسخ عبارة عن حلّ العقد ورجوع العوضين إلى محلّهما، ولازم ذلك رجوع المبيع إلى الميّت لا إلى الورثة.

يلاحظ عليه: أنّ معنى الفسخ هو حلّ العقد ونتيجة ذلك رجوع العوضين إلى مالكهما سواء كان المالك الفعلي هو المالك السابق أو لا. والمقوّم لرجوع الملك

ـــــــــــــــ

١ـ كتاب البيع، قسم الخيارات: ٥/ ٢٧٠.

إلى شخص هو اتّصافه بكونه مالكاً، والميّت بعدُ فاقد لتلك الحيثية، فكيف يرجع إليه، ولو فسخ في حال حياته لرجع إليه، بما أنّه مالك وموصوف بذلك العنوان، وإذا مات فقد انتقل العنوان إلى الورثة، وصاروا هم المعنونون بذلك العنوان ومعه كيف يترقّب رجوع العين إلى من ليس بمالك.

ولعلّه إلى ما ذكرنا يرجع ما ذكره السيّد الطباطبائي: أنّ الوارث يرث حقّ الخيار الذي هو التسلّط على حلّ العقد من غير نظر إلى كونه عنه أو عن الميّت، ولازمه انتقال كل من العوضين إلى المالك الفعلي للآخر كما في فسخ الأجنبي.

وذهب سيّدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ إلى أنّ معنى الفسخ هو حلّ العقد ورجوع المعوّض إلى محلّه السابق ولازم ذلك، دخوله في ملك الميّت، ثمّ يخرج منه قضاء لحقيقة الفسخ والحلّ.

ثمّ رتّب عليه: أنّه لو لم يكن للميّت تركة لابدّ بعد الفسخ من أداء ما على ذمّة الميّت بسببه، من المال الذي رجع إليه، ولو زاد، صارت الزيادة إرثاً، ولو نقص بقي على ذمّته، وليس للورثة أداؤه [1].

يلاحظ عليه: **أوّلاً**: أنّ الأدلّة الشرعية تنزل على ما يفهمه منها الأذهان العرفية، فإنّ انتقال الملك بعد الفسخ إلى الميّت الرميم، ممّا لا يساعده العرف بعد انتقال كلّ ماله إلى الوارث.

وثانياً: كيف يحكم ببقاء الدين على ذمّة المورّث إذا نقص المال عن أداء الثمن مع أنّ الفسخ كان محدوداً بالذات بردّ العين وأخذ الثمن، لا ردّها وأخذ بعضه.

١ـ الخيارات: ٥/ ٢٧٢.

وثالثاً: كيف تكـون ذمّة الميّت مسـؤولة عن نقصـان المال مع أنّ هـذا التالي جاء مـن فسخ الورثـة لا من نـاحية الميّت وقـال سبحانـه: ﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخرى﴾[1] **ثمّ إنّ لازم ماذكره اشتراك الغرماء في العين المردودة مع المشتري وربّما لا يصل إلى المشتري معشار ما دفعه إلى البائع. وهو ممّا لا يلتزم به.**

وبذلـك يختلف حكم إرث الزوجـة من العقار المنتقل عـن الميّت إذا رجع إليهم بـالفسخ، فعلى القـول بأنّ الـورثـة، يتلقّـون الملك عن المورّث، تحرم قطعـاً لحرمانها عن العقار، وأمّا إذا قلنا بأنّهم يتلقّونه عن المشتري بحلّ العقد فللتأمّل في إرثها عن العقار وعدمه مجال.

وبما ذكرناه يظهـر النظر فيما ذكره السيد الاصفهـاني حيث قال: إذا اجتمع الـورثة على الفسـخ فيما بـاعه مـورّثهم فـإن كان عين الثمـن مـوجوداً دفعـوه إلى المشتري، وإن لم يكن موجوداً أُخرج من مال الميّت، ولـو لم يكن له مال ففي كونه على الميّت واشتغال ذمّته به فيجب تفريغها با لمبيع المردود إليه فإن بقي شيء يكون للورثة، وإن لم يف بتفـريغ ما عليه،يبقى الباقي في ذمّته، أو كونـه على الورثة كلّ بقدر حصته، وجهان، أوجههما أوّلهما[2] والحق أنّ أوجههما ثانيهما. و لا أثر للقولين فيما إذا كان له مال و إنّما يظهر الأثر فيما إذا لم يكن له مال وفسخت الورثة، فالحقّ أنّ المسؤول هم الورثة، لا الميّت، وأوضح من ذلك إذا كان له دين أيضاً.

١ـ النجم: ٣٨.

٢ـ وسيلة النجاة: ٣٤.

المسألة الثالثة: هل الخيار المجعول للأجنبي يورث أو لا؟

إذا جعل الخيار لأجنبي ومـات ففي انتقاله إلى وارثه، أو إلى المتعـاقدين أو سقوطـه وجوه: أقـواها الأخير وذلك لأنّ جعلـه له لأجـل غرض قـائم بشخصه، وعليه يكـون الشخص في نظر العـرف.مقوِّماً لا مـورداً، فيكون الجعل قـاصراً عن غيره، ولأجل ذلـك لا يكون أبنـاء الوزراء والـوكـلاء، وزراء ووكلاء، بل بمـوتهم تبطل المناصب، وما ذكره الشيخ من أنّ ظـاهر الجعل مدخلية نفس الأجنبيّ. وما أضافـه غيره من أنّ الخيار مجعول له بما هـو ذو بصيرة بأمر العقد، يـرجع إلى بيان كون الجعل قاصراً وأنّ الجعلَ على أساس كونه مقوّماً لا مورداً حتى ينتقل.

الثاني: تصرّف ذي الخيار فيما انتقل عنه فسخ

قد عـرفت أنّ للخيـار أحكامـاً، وقد تعـرّفت على الحكم الأوّل وهـو وراثة الخيار، وهنا نذكر الحكم الثاني وهو «أنّ التصرّف فيما انتقل إليه اجازة، والتصرّف فيما انتقل عنه فسخ»، وقد بحثنا عن الشق الأوّل خلال الخيارات السبعة، ونبحث الآن عن الشق الثاني، أعني: كون التصرّف فيما انتقل عنه فسخاً، وتحقيق الموضوع يتوقّف على تبيين أُمور:

الأوّل: الاستدلال على صحّة الكبرى، وهو أنّ تصرّف ذي الخيار فيما انتقل عنه فسخ فعلي.

الثاني: هل الفسخ هو التصرّف الناشئ عـن قصد انشاء الفسخ، أو مطلق ما يحكى عن كراهة البيع، و إن علم أنّه لم يقصد بالتصرّف انشاء الفسخ.

الثالث: إذا قلنـا بأنّ الفسخ الفعلي مـا صدر عـن قصد انشـاء الفسخ، فما حكم التصرّف المشكوك المردّد بين كـونه صادراً عـن قصد انشاء الفسخ وعـدمه، و إليك البحث عن الأُمور الثلاثة.

أمّا الأوّل: فقد استدلّ عليه بوجهين:

١ـ الاجماع على حصول الفسخ بالفعل كحصولـه بالقول، وهذا ممّا لا غبار عليه، وأمّا مـا نقله الشيخ في اتّحاد حكمي الاجازة والفسخ وأنّ كل مـا تتحقّق به الاجازة يتحقّق به الفسـخ أيضاً، فسيوافيك الكلام فيه في الأمـر الثاني، وإنّ الأمر في الفسخ أضيق دائرة من الاجازة عند القائلين بحصولها بالتصرّف.

٢ـ بناء العقلاء على حصوله بالفعل كحصوله بالقول إذا أُحرز كونه صادراً بنيّة الفسخ.

وأمّا الثاني: فالظاهر اشتراط اقتران التصرّف بقصد الفسخ، وذلك لأنّه من الأُمور الايقاعية كالطلاق والنذر والوقـف، والاعتبار ايقاعياً كان أو عقدياً، رهن قصد الانشاء بلا فرق بين القول والفعل. فإذا صدر التصرّف بقصد انشاء الفسخ بالفعل، يتحقّق ذلك المعنى وإلاّ فلا.

نعم احتمـل غير واحـد في خيـار الحيـوان أنّ التصرّف إذا كـان مصـداقـاً للاسقاط عـرفاً، فهو مسقط للخيار وإن لم يُعلم قصـده أو علم الخلاف، استناداً إلى رواية علي بـن رئاب التي جاء فيهـا: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حـدثاً قبل الثلاثة أيام فـذلك رضاً منه فلا شرط»[1] فعطَف باب الفسـخ عليه فيما إذا كان الفعل مصداقاً للفسخ فيحكم به وإن لم يعلم القصد أو علم خلافه، كما هو الحال في باب خيار العيب.

يلاحظ عليه **أوّلاً:** أنّ التصرّف في باب الاجازة مسقط تعبّدي ـ عند جماعة ـ إذا كان عـرفاً مصـداقاً للـرضا بـالعقد وإن لم يكن هنـاك رضا المتصرّف بـالعقد، ولا دليل على كون الفسخ كذلـك بل يعتبر فيه إحراز كون الفعل مقرونـاً بالكراهة بالبيع بل مقروناً بنيّة الفسخ، حتّى يتحقّق انشاء الفسخ والحلّ.

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

وثانياً: ما سيوافيك في المسألة الآتية من أنّ التصرّف المقترن بالرضا بالعقد كاف في اسقاط الخيار، لأنّ الاسقاط والاجازة قليل المؤنة بخلاف الفسخ، فلا يكفي التصرّف مع الكراهة فضلاً عن التصرّف الفاقد للنية.

ولأجل هذين الفرقين لا يصحّ الحكم على وحدة الموضوعين في جميع الأحكام.

وبذلك يظهر أنّ ما أجاب به الشيخ من عدم تحقّق الاجماع غير كاف في ردّه والأولى ردّه بما ذكرنا فلاحظ.

وأمّا الثالث: فلو ثبت أنّ الموضوع محدّد بصدور التصرّف عن ذي الخيار بقصد الفسخ ولا يعم غيره ولكن دار أمر التصرّف بين كونه حائزاً لهذا الشرط أو لا، لاحتمال صدوره عن كراهة، أو جهل أو نسيان أو اشتباه أو غير ذلك فهل هنا أمارة تثبت عنوان الفعل ووجهه أو لا؟ ربّما يتمسّك في اثبات العنوان بأمرين:

١ــ أنّ الفعل إذا كان ظاهراً عند العرف في الفسخ ولم يكن هناك علم بالخلاف فظهوره حجّة كظهور القول.

يلاحظ عليه: أنّما يعتبر مثل هذا الظهور إذا كان التصرّف على غير هذا الوجه قليلاً كما إذا تصرّف ـ بلا نيّة الفسخ ـ عدواناً أو نسياناً أو غيرهما، وأمّا إذا لم يكن قليلاً فلا، والظاهر قلّة سائر الموارد فيثبت كون التصرّف بنيّة الفسخ كما سيوافيك في تحليل الدليل الثاني.

٢ـ إذا كان التصرّف أمراً محرّماً فيما لم تكن هناك نيّة الفسخ، ومحلّلاً معها، فمقتضى أصالة الصحّة هو الأوّل.

قال الشيخ: إنّ أصالة حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبرة شرعاً كما صرّح به جماعة، كغيرها من الأمارات الشرعية فيدل على الفسخ لا من الأُصول التعبّدية حتى يقال: إنّها لا تثبت إرادة التصرّف للفسخ لما تقرّر من أنّ الأُصول التعبّدية تثبت إلاّ اللوازم الشرعية لمجاريها [1].

يلاحظ عليه: أنّه لم يثبت كون أصل الصحّة أمارة كالاقارير التي يؤخذ بلوازمها، لأنّها كما هي حجّة في مداليلها المطابقية فهكذا حجّة في مداليلها التضمينية والالتزامية، وأمّا أصالة الصحّة لأجل صون عرض المسلم، عن ارتكاب الحرام فلا تعدو عن ذلك الاطار، وأمّا اثبات لوازمها من كون التصرّف بنيّة الفسخ وواقعاً في ملكه، فلا فضلاً عن اثبات خروج العين عن ملكه ودخولها في ملك الآخر.

إنّ للكلام سواء كان اخباراً أو انشاءً منزلة أُخرى، فإنّ الأقارير في المحاكم حجّة في عامّة مداليلها المطابقية والتضمينية والالتزامية وهكذا الانشاء كالأمر بالالقاء في البحر حجة في لازمه، أعني: الضمان، بخلاف حمل فعل المسلم على الصحّة لأجل صون عرضه، فلا يستفاد من الأخبار سوى هذا وأمّا ترتيب لوازمها الخارجة عن ذلك الغرض فلا، ككون التصرّف بنيّة الفسخ فلو تكلّم زيد بكلام ودار بين كونه سلاماً أو سبّاً، فمقتضى الأصل حمله على الصحيح لا على الفاسد وأمّا وجوب ردّ السلام فلا يثبت به وهي أشبه ببعض الظنون التي لا تثبت بها لوازمها، فلو ظنَّ بكون الجهة الخاصة هي القبلة فلا يثبت به الوقت.

ومع ذلك كلّه فلو كان الفسخ من اللوازم البيّنة لصحّة الفعل الصادر من المسلم بحيث يعد التفكيك بينهما أمراً غير مقبول عند العرف فيترتّب عليه

١ـ الخيارات: ٢٩٤ طبعة تبريز.

عرفاً.

وقال الشيخ: وهنا كلام مذكور في الأُصول، ولعلّه مراده أنّ مقتضى الأصل حمل فعله على الصحّة عنده لا على الصحيح الواقعي، أعني: كون التصرّف بنيّة الفسخ. مع أنّ الصحيح عنده أعم منه، ككون التصرّف نسياناً أو اشتباهاً أو لتخيل الوكالة.

يلاحظ عليه: أنّه يكفي في نفي هذه الاحتمالات الأُصول العقلائية فيتّحد في أكثر الموارد، الصحيح عند الفاعل، مع الصحيح الواقعي.

وأمّا التمسّك في اثبات الفسخ بأصالة عدم الفضولية، مع كونه أصلاً أزلياً لا أصل له، لا يثبت به الفسخ، ومعه لا حاجة لردّها بتعارضها بأصالة عدم الفسخ.

إنَّ هناك مسائل طرحها الشيخ الأعظم ونحن نقتفيه.

المسألة الأُولى:

هل الفسخ يحصل بنفس التصرّف، أو يحصل قبله متّصلاً به، وبعبارة أُخرى: التصرّف سبب أو كاشف وجهان بل قولان قد نسب إلى المحقّق والعلاّمة أنّه بنفسه سبب وذهب الشهيد والمحقّق الثانيان إلى الثاني. والذي دعاهم إلى عقد هذه المسألة ، تبيين حكم أمرين:

١ـ حلّية التصرّفات المحرّمة بدون الملك كالركوب وغيره، فعلى القول الأوّل يحرم التصرّف وإن كان يتحقّق االفسخ بالأمر المحرّم دون الثاني.

٢ـ صحّة التصرّفات الاعتباريـة الموقوفة على الملك، التي يحصل بها الفسخ

كبيعه ورهنه، وهبته، فعلى الأوّل تبطل التصرّفات دون الثاني و إن كان الفسخ يتحقّق، لأنّ الردّ يحصل بانشاء البيع جدّاً بقصد الفسخ و إن كان البيع باطلاً، لأنّ ترتّب الأثر لا دخل له في تحقّق الفسخ. فيقع الكلام في موردين:

الأوّل: إذا تصرّف ذو الخيار فيما انتقل عنه، تصرّفاً يتوقّف على الملك:

إذا تصرّف ذو الخيار فيما باع بركوب الدابة وحلبها فلا شكّ أنّ الفسخ يحصل بهما، إلاّ أنّ الكلام في حلّيتهما وحرمتهما فالقائل بأنّ الفسخ يحصل بالقصد يصف الأفعال الخارجية بالحلّيّة، قائلاً بأنّ الفسخ يحصل بالنيّة المتقدّمة عليها. ولكن التحقيق هو القول الأوّل وذلك بوجوه:

١ـ إنّ الفسخ ـ كما مرّ ـ لا يحصل بالأُمور النفسانية لأنّه من الايقاعات المتوقّفة على الانشاء، كالطلاق والنذر والوقف فلابدّ من انشاء خارجي قولي أو فعلي كاشف عن الكراهة ، بل عن إرادة الرجوع.

٢ـ لو قلنا بحصوله بالنيّة لزم الالتزام بحصوله بها في الفسخ القولي وعندئذ يحصل الفسخ قبل الإنشاء، مع أنّ الظاهر منهم أنّه لا يحصل إلاّ بانضمام القول، ولا يصحّ التفكيك بينه وبين الفسخ الفعلي وأنّه يحصل بانضمامه في القولي دون الفعلي.

٣ـ لو قلنا بحصول الفسخ بالنيّة [1] وأنّه لا دور للفعل إلاّ الكشف، لزم الالتزام بكفاية كل فعل كاشف.

استدلّ للوجه الثاني بوجوه:

١ـ إذا كانت الاجازة حاصلة بنفس الرضا كما هو ظاهر قوله: «وذلك رضا

١ـ وقد عبّر الشيخ بلفظ الكراهة والأولى هو القصد لعدم كفايتها ما لم يكن هناك قصد الفسخ.

منه بالبيع» يكون الفسخ مثله.

يـلاحظ عليـه: وجـود الفرق بين الاجـازة والفسخ، لإمكـان أن يقـال: إنّ الموجب للزوم المعاملة الخيارية هو العقد، إذا حصل منه الرضا، وما ذلك إلاّ لأنّ الملك انتقل شرعـاً إلى المشتري ولم يبق شيء سـوى صيرورته لازمـاً وخروجـه عن التزلـزل، فيكفي فيه الرضا بـالعقد، بخلاف الفسخ لأنّ لـه دور النقل والانتقال فيُنقل المبيع إلى البـائع، والثمن إلى المشتري ثانيـاً، فهو أشبه بـالتمليك والتملّك الجديدين فلا محيص عن انشاء الحلّ والفسخ.

٢ـ إذا دلّ الـدليل على جـواز الفسخ بكل فعل وتصرّف دلّ على جـواز كلّ تصرّف، الملازم لوقوعه في ملك الفاسخ، وإلاّ لا يكون جائزاً، الملازم بوقوع الفسخ بغير التصرّف وليس إلاّ هو الكراهة النفسانية أو قصد الفسخ [1].

يلاحظ عليه: أنّه لم نقف على دليل في باب الفسخ أنّه يحصل بالفعل فضلاً عن كـلّ فعل وتصرّف، و انّما ورد في بـاب الاجازة ووجـود الاطـلاق فيه لا يـلازم وجـوده في جـانب الفسخ، لأنّ التصرّف فيما انتقـل إليه تصرّف حـلال، بخـلاف التصرّف في جانب الفسخ فإنّه حـرام لأنّه تصرّف في مال الغير. وعلى فرض وجود الـدليل فالصحّـة نسبيـة وهي الصحّة الـوضعيـة أي حصول الفسخ بكـلّ فعل وتصرّف حلالاً أو حراماً، لا الصحّة التكليفية بمعنى كونه حلاله.

٣ـ أنّ مقتضى صيانة فعل المسلم هو الكشف، لأنّه مع السببية يقع الفعل حراماً.

يلاحظ عليـه: أنّ مجرى أصالة الصحّة، فيما إذا علم وجـه الصحّة والفساد

١ـ وإلى ذلك أشار الشيخ بقوله: «وتوهّم أنّ الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز بكل ما يحصل به قولاً أو فعلاً، فاسد ...» لاحظ المتاجر قسم الخيارات ص ٢٩٥.

ودار أمر عمل المسلم بينهما فيحمل على الصحّة، وأمّا إذا جهل وجه الصحّة والفساد، فلا يمكن أن نستكشف وجه الصحّة من حمل فعله عليها كما في المقام.

مثلاً فيما علم أنّ الفسخ يحصل بالقصد وتردّد أمر التصرّف بين كونه عن قصد الفسخ أو لا، فمقتضى الأصل، الحمل على الأوّل، وأمّا إذا تردّد الحكم الشرعي وأنّه بماذا يحصل ، فهل يحصل بالقصد أو بالفعل؟ فلا يصحّ استكشاف الأوّل من حمله على الصحّة، وأنّ كون عمله صحيحاً يستلزم، الالتزام بكون الفسخ يحصل بالنيّة.

والظاهر: أنّ البحث فاقد للثمرة، سواء أقلنا بأنّ الفسخ يحصل بالنيّة أو يحصل بنفس التصرّف، فهذا النوع من التصرّفات ليست بمحرّمة لانصراف الأدلّة عن التصرّفات التي تقع في طريق اعادة الملك وسلطنته وإنّما المحرّم هو التصرف في مال الغير الذي انقطعت صلته بالمتصرّف، أو لم تكن أية صلّة بينه وبين الفاعل.

وإن شئت قلت: إنّ المستفاد من أدلّة الخيار وجواز الفسخ، أنّ لذي الخيار سلطنة على هذه الأفعال أي له حقّ التصرّف في المبيع الذي باعه من الغير بشرط الخيار، إذا كان بعنوان الفسخ.

وبذلك يظهر: أنّ ما ذكره الشيخ من أنّه تحرم التصرّفات الفعلية المحقّقة للفسخ كالوطء، والأكل، لأنّ الظاهر من قوله سبحانه ﴿**إلاّ على أزواجِهِم أو ما مَلَكَت أيْمانُهُم**﴾ هو اعتبار وقوع الوطء في ما اتّصف بكونها مملوكة، فالوطء المحصّل للفسخ لا يكون بتمامه حلالاً، منظور فيه، لأنّ الحصر في الآية إضافي، والمراد ملك الغير الذي لا صلة له بالواطئ إمّا مطلقاً أو انقطعت صلته دون

الأمة التي للواطئ حقّ إرجاعها إلى ملكه.

فعلى ذلك يكون البحث عادم الثمرة.

الثاني: إذا تصرّف فيما انتقل عنه بالبيع ونحوه:

إذا تصرّف ذو الخيار في ما انتقل عنه بالعقد، كالبيع والعتق والهبة والرهن، فلو قلنا بأنّ الفسخ يحصل بالنيّة المكشوفة بالتصرّف، فلا شكّ في صحّة هذه العقود، لأنّه باع أو وهب أو رهن، والعين ملكه، إنّما الكلام في تصحيح العقود على القول بأنّ الفسخ يحصل بنفس التصرّف الاعتباري وهناك وجهان أو قولان:

الأوّل: إنّ هذه العقود باطلة:

واستدل على البطلان بوجوه:

١ـ إنّ صحّة البيع ونحوه مشروط بالملك، والمفروض أنّ العاقد غير مالك للعين عند اجراء العقد.

وأُجيب عنه: بأنّ الفسخ يحصل بأوّل جزء من العقد، فيكون الفاسخ مالكاً بعد مضيّ جزء من العقد، فيكون المحل قابلاً لمجموع العقد، فيقع البيع والعتق في الملك.

يلاحظ عليه: أنّ القائل بالبطلان يدّعي أنّه يشترط وجود الملك عند الشروع بالعقد، فلا يكفي حصوله أثناء العقد.

٢ـ إنّ الصحّة مستلزم للدور لأنّ البيع موقوف على الملك، وهو موقوف على

الفسخ، وهو موقوف على البيع فيلزم الدور المضمر، وفي النهاية توقّف البيع على نفسه.

وأُجيب: بأنّ الدور معيّ، ويكفي حصول الملك والبيع معاً.

يلاحظ عليه: أنّ المدعي يقول: بأنّ المتبادر من قوله: **«لا بيع إلاّ في ملك»** لزوم وقوع البيع بتمام أجزائه في الملك المتقدّم، فيلزم أن يكون الملك متقدّماً على البيع زماناً فلا يكون الدور معيّاً، على أنّ الدور المعيّ من أقسام الدور المصرّح والدور هنا مضمر.

٣ــ إنّ الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد [١] كالتكبيرة الواحدة حيث لا تكفي لابطال صلاة والدخول في صلاة أُخرى، إذ الشروع في الأُخرى فرع الخروج من صلاة قبلها، فلا يكون شيء واحد مُخرجاً ومُدخلاً.

وأُجيب : بمنع عدم صحّة حصول الفسخ والبيع بشيء واحد باعتبارين، وأمّا عدم كفاية تكبيرة واحدة لابطال صلاة والدخول في صلاة أُخرى، فلأنّها تكون محرّمة فلا يجوز أن تقع جزء للعبادة.

ويمكن أن يقال: إنّ المُدخِل المحقّق للفسخ هو الايجاب الذي مفاده هو النقل الانشائي وأمّا المُخرج فإنّما يتحقّق بضم القبول إلى النقل الانشائي، وما لم ينضم إليه القبول لا يكون مخرجاً.

الثاني: صحّة هذه العقود:

واستدل على الصحّة بأنّ المقام أشبه بما إذا باع مال غيره فملكه.

١ــ أي الادخال في ملك ذي الخيار، والاخراج عنه.

فأُجيب: بعدم تسليمه في المشبه به بل هو يحتاج إلى الاجازة فيكون المقام مثله.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم أتى بكلام حاسم وقال: لو قلنا بأنّ المستفاد من الأدلّة، اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنشئ، فلا مناص عن القول بالبطلان، لأنّ معناه تقدّم الملك على جميع أجزاء العقد بخلاف ما لو قلنا بأنّ المستفاد عدم وقوع العقد في ملك الغير، الذي يترتّب عليه نقل مال الغير بغير إذنه، فلا مناص عن الصحّة لأنّ الممنوع شرعاً، وقوع تمام السبب في ملك الغير لا بعض أجزائه في ملكه.

وبالجملة: الممنوع ما يترتّب عليه نقل ملك الغير بغير إذنه من دون أن يملكه العاقد في آخر العقد، وليس المقام كذلك إذ لا يترتّب عليه نقل ملك الغير بغير إذنه، بل يترتّب عليه آجلاً نقل ملك العاقد إلى شخص آخر.

ثمّ أجاب بوجه آخر وقال: إنّ المراد من البيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا نفسه، وبعبارة أُخرى المعنى المسبّبي الذي يتحقّق بعد تمام العقد، وحينئذ فالفسخ يحصل بأدنى جزء من العقد، وأمّا المعنى المسبّبي، فيحصل بتمام العقد، وقد ملك العاقد العين عنده [1].

هذا كلّه ما ذكره الشيخ، وقد جئنا بكلماته على نظام يسهل للقارئ فهمه، ونضيف إلى توضيح كلامه بأنّ قوله ﷺ: «لا بيع إلاّ في ملك» و «لا عتق إلاّ في ملك» حكم إرشادي إلى ما عليه العقلاء حيث يمنعون هذا النوع من التقلّبات والتصرّفات إلاّ من المالك، حفظاً للنظام وتثبيتاً للأمن، فليس للغير التقلّب في

١ـ الخيارات: ٢٩٥ ط تبريز بتصرّف.

مال الغير ببيعه، وعتقه إذ عندئذ يختل النظام، فإذا كان قوله ﷺ إرشاداً إلى ما عليه العقلاء فيجب علينا تبيين ما عليه العقلاء من منع البيع إلاّ في ملك، ومن المعلوم أنّ الممنوع عند العقلاء هو التصرّف في مال الغير الذي ينتهي إلى التصرّف في مال الغير بلا إذن، وأمّا التصرّف في مال الغير الذي لا ينتهي إلى ذلك فهو غير ممنوع وليس قوله ﷺ: «لا بيع إلاّ في ملك» إلاّ ناظراً إلى ما هو المعتبر عندهم فيكفي في صحّة البيع هذا النوع من الملكية الحاصلة للعاقد في أثناء العقد.

ثمّ إنّ لسيّدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ بياناً قريباً ممّا ذكره الشيخ الأعظم، قال: إنّ البيع الذي هو قائم بالايجاب وحده، غير متوقّف على الملك وإنّما يتوقّف عليه الحكم بالنقل الواقعي الحاصل بضمّ القبول والملكيّة حاصلة لديه، وبعبارة أُخرى: النقل الانشائي غير متوقّف على الملك وهو حاصل بنفس الايجاب، وحكم العقلاء بالنقل الواقعي عند قبول المشتري متوقّف عليه، وهو حاصل عنده.

وبعبارة أُخرى: الايجاب في البيع ايجاد تمام ماهيته، والقبول لا دخل له في ماهيته وإنّما الاحتياج إليه لأجل ترتّب الأثر الواقعي على البيع. وعلى ذلك فالايجاب الذي مفاده النقل الانشائي الذي يتحقّق به الفسخ غير متوقّف على الملك. وإنّما يحتاج إليه الحكم بالنقل الواقعي الذي يتحقّق بضمّ القبول على الايجاب وهو حاصل للبائع في هذا الظرف بايجابه المحقّق للفسخ[1].

١ـ الخيارات: ٥/ ٢٨٣، وما ذكره ـ قدّس سرّه ـ قريب ممّا ذكره الشيخ.

المسألة الثانية: في تصرّف غير ذي الخيار فيما انتقل إليه:

هل يجوز لغير ذي الخيار، التصرّف فيما انتقل إليه تصرّفاً يمنع من إسترداد العين عند الفسخ أو لا؟ فيه وجوه وأقوال:

١ـ الجواز مطلقاً.

٢ـ عدم الجواز كذلك.

٣ـ الفرق بين العبد وغيره فيجوز في الأوّل بالعتق دون الثاني.

٤ـ الفرق بين الخيار الأصلي كخيار المجلس والحيوان والذي بجعل المتعاقدين، كخيار الشرط فيجوز في الأوّل دون الثاني.

٥ـ الفرق بين ما يكون ثابتاً بالفعل وما يكون ثابتاً فيما بعد، فلا يجوز في الأوّل ويجوز في الثاني مثل خيار التأخير والرؤية والغبن ومثله ما إذا اشترط الخيار في زمان منفصل عن العقد.

ثمّ إنّ تحقيق المسألة بكافة شؤونها يتوقّف على الكلام في أُمور:

ألف: جواز التصرّف تكليفاً.

ب: نفوذ التصرّف وضعاً.

ج: جواز الاجبار على فسخ العقد لردّ العين.

د: وعلى فرض عدم النفوذ هل ينفسخ العقد الثاني من حين فسخ الأوّل أو من أصله؟ فيه قولان كما سيوافيك.

ألف: جواز التصرّف تكليفاً وعدمه:

لو قلنا بتوقّف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار، فلا يجوز التصرّف لعدم كون المتصرّف مالكاً إنّما النزاع لو قلنا بعدمه و أنّ المشتري ــ مثلاً ـ يملك و إن كان للبائع خيار.

كما أنّ النزاع فيما لم يعلم من القرائن، أو لم يصرّح في المتن بلزوم إبقاء العين بحالها، مثل قوله: «بعت الدار بكذا، وأشترط عليك لو أنا جئت بثمنها إلى سنة أن تردّ عليّ» فلو علم أو اشترط، فلا يصحّ التصرّف فيه بالاتلاف ولا بالبيع.

فإذا تبيّن محلّ النزاع فلو كان التصرّف بالاتلاف يقع الكلام في جوازه تكليفاً، وأمّا إذا كان بنحو النقل إلى الغير ببيع وهبته أو ايجار يقع في جوازه تكليفاً ووضعاً، وسوف يتّضح حال كلا الموردين.

استدلّ على القول الأوّل: بعموم سلطنة الناس على أموالهم، والمفروض أنّ المشتري مالك وكل مالك له التقلّب في ماله كيف يشاء، غاية الأمر أنّ للبائع الخيار فإذا فسخ، تشتغل ذمّة المشتري بالمثل أو القيمة شأن كل تالف.

استدلّ على القول الثاني: بأنّ المقتضي و إن كان موجوداً، لكن المانع غير مفقود وهو تعلّق حقّ البائع بالعين، فالتصرّف إتلافاً أو نقلاً مانع عن إسترداد العين، قال الشيخ: إنّ الخيار حقّ يتعلّق بالعقد، المتعلّق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحلّ العقد إلى ملكهما السابق فالحقّ بالآخرة متعلّق بالعين التي انتقلت منه إلى صاحبه فلا يجوز أن يتصرّف فيها بما يبطل ذلك الحقّ باتلافها أو نقلها إلى شخص آخر [1].

١ـ الخيارات: ٢٩٦.

وأوضحه السيد الطباطبائي بقوله: إنّ له حقين في عرض واحد: حقّ في العقد ليفسخه، وحقّ في العين ليستردّها ولأجل تعدّد الحقّين، لا يبطل حقّ الفسخ، بتلف العين ولو قلنا بوحدة الحق وأنّ له حقّاً في العقد ليستردّ العين، فهو على وجه تعدّد المطلوب، بحيث لو لم يمكن استيفاء الثاني لأجل التلف يبقى الأوّل على حاله [1].

ويؤيّد ذلك أمران:

١ـ ما ذكره صاحب الايضاح في تعليل بطلان العتق في زمن الخيار بوجوب صيانة حقّ البائع في العين المعيّنة عن الابطال.

٢ـ ما يظهر منهم بلا خلاف من أنّ التصرّف الناقل إذا وقع بإذن ذي الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقّاً متعلّقاً بالعين لم يكن ذلك موجباً لسقوط الخيار فإنّ تلف العين لا ينافي بقاء الخيار لعدم منافاة التصرّف (مع بقاء الخيار) وعدم الالتزام بالعقد وارادة الفسخ بأخذ القيمة.

يلاحظ عليه: **أوّلاً**: بالنقض بالشفعة، فإنّ حقّ الشفيع متعلّق بالعين المشتراة من شريكه وهو لا يمنع المشتري من نقل العين، نعم الشفعة سلطنة على نقل جديد، بخلاف الخيار فإنّها سلطنة على إرجاع الملك إلى الحالة السابقة ولكنّه لا يكون فارقاً في المقام، إذ على كلّ تقدير للبائع والشريك حقّ متعلّق بالعقد أو العين.

وثانياً: بالحلّ وهو أنّ الخيار ليس أزيد من السلطنة على حلّ العقد،والزائد عليه، من تعلّق حقّ بالعين يحتاج إلى الدليل، فلو دلّ عليه دليل يؤخذ به كما في مورد الرهن، فليس للراهن، بيع العين المرتهنة، لأنّ حقّ الرهن وكونها وثيقة، قائم

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ٢/ ١٥٧.

بالعين فلا يصحّ التصرّف فيها الموجب لابطال حقّ المرتهن، وإلاّ فليس لذي الخيار حقّ إلاّ حلّ العقد، وأمّا ما هو المرجع عند التلف والاتلاف فيرجع فيه إلى حكم العقلاء.

وأمّا سقوط الخيار مع الاذن في التصرّف فليس لأجل منافاة التصرّف مع إرادة الفسخ، حتى يقال بعدم المنافاة، بل لأجل دلالة الاذن على اسقاط الخيار.

والحاصل: إذا لم يدلّ دليل على لزوم ابقاء العين بقرينة خارجية ولا داخليّة، فلا يدلّ الخيار على أزيد من كون ذي الخيار مالكاً لحلّ العقد، وفسخه، وأمّا الزائد عليه فيرجع فيه إلى سائر الأدلّة، فلو كانت العين باقية فتدفع وإلاّ فينتقل إلى البدل.

أمّا القول الثالث: أعني: الفرق بين مورد العبد وغيره بتعلّق الخيار فيه على العين فيبطل بالعتق، وتعلّقه بالعقد في غيره، فليس له دليل ظاهر سوى بناء العتق على التغليب، وهو لا يكون قرينة على تعلّق حقّ ذي الخيار في غير العبد، بالعقد لا بالعين.

وأمّا القول الرابع: أعني: التفريق بين الخيار الأصلي والجعلي، وأنّ الخيار في الأوّل يتعلّق بالعقد، فلا يمنع عن التصرّف، بخلاف الجعلي فهو يتعلّق بالعين فلا يجوز التصرّف فيها، فليس له دليل إلاّ إذا علم من حال المتعاقدين إرادة ذلك بأن يعتبر في شرط الخيار بقاء العين، وهذا في الحقيقة يرجع إلى شرطين: حقّ الخيار، وحقّ الابقاء، وإلاّ فليس هنا إلاّ حق واحد.

والحاصل: لو كان الشرط نفس خيار فسخ العقد، كما لو قال: له خيار الفسخ إلى سنة، كان حاله حال الخيارات الأصلية، إلاّ أن يُعلم من القرينة الخارجية، لزوم صيانة العين.

ولو كان الشرط ردّ العين عند دفع الثمن، أو كون العين عنده على نحو شرط النتيجة، فلا يجوز التصرّف المانع من الردّ كالاستيلاد، أو النافذ كالبيع، لأنّ الخيار متضمّن لشرط آخر وهو حقّ استرجاع العين. وفي روايات الباب إشارة إلى ما ذكرنا[1].

أمّا القول الخامس: وهو التفريق بين الخيار الفعلي والخيار بالقوّة، فقد بحث عنه الشيخ الأعظم في نهاية المسألة وذكر هناك وجوهاً ثلاثة وكان عليه أن يقدّم البحث عنه في المقام لأنّه من فروع القول بجواز التصرّف ونحن نقتفيه[2].

ثمّ إنّ الحكم بالجواز وعدمه مبني على تعلّق الخيار بالعقد أو بالعين، وبعبارة أُخرى هل لذي الخيار وراء حل العقد، حق في العين أو لا، وهذا هو مفتاح المسألة لا غير.

هذا كلّه حول الجواز التكليفي وأمّا الجواز الوضعي فإليك الكلام فيه.

ب: في الجواز الوضعيّ:

قد عرفت أنّ للجواز مرحلتين: الجواز تكليفاً، أي كون التصرّف غير محرّم

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣، وقد ورد في الأوّل: «إن أنا جئتك بثمنها (الدار) إلى سنة أن تردّ عليّ». وفي الثاني: «فشرط إنّك إن أتيتني بما لي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك» والشرط في الأوّل شرط الفعل، وفي الثاني شرط النتيجة.

ثمّ إنّ الاستيحاش من تجويز التصرّف لأجل أنّ الخيارات المجعولة تكون على أساس حفظ العين وردّها في أجله. فيكون الجواز في غير هذه الصورة بلا اشكال.

٢ـ سيوافيك الكلام فيه ص ٥٩٦.

والجواز وضعاً، أي نفوذ التصرّف الاعتباري، وقد مرّ الكلام في الأوّل وإليك الكلام في الثاني، وهل الجواز تكليفاً يلازم الجواز وضعاً أو لا؟ وجهان:

١ـ إذا جاز التصرّف فلا وجه لإهمال ما يقتضيه التصّرف من اللزوم وتسلّط العاقد الثاني على ماله.

٢ـ إنّ تملّك العاقد الثاني مبنّي على العقد الأوّل، فإذا ارتفع بالفسخ وصار كأن لم يكن، بالنسبة إلى ما بعد الفسخ، كان من لوازم ذلك، ارتفاع ما هي عليه من التصرّفات والعقود.

وإن شئت قلت: إنّ العاقد الثاني يتلّقى الملك من المشتري الأوّل، فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن، و ملك البائع الأوّل العينَ بالملك السابق قبل البيع، ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثاني.

والحقّ هو الوجه الأوّل، وذلك لأنّ صحّة البيع الثاني ولزومه من آثار كون البائع الثاني مالكاً حين البيع، لا من آثار بقاء مالكيته إلى الأبد حتى ولو بعد الفسخ وإلى ذلك أشار الشيخ الأعظم: «فإنّ تملّك العاقد الثاني مستند إلى تملّك المشتري آناً ما، لأنّ مقتضى سلطنته في ذلك الآن صحّة جميع ما يترتّب عليه من التصرّفات».

ج: هل يجبر على فسخ العقد الثاني؟

لو قلنا بنفوذ التصرّف وكان لازماً، لا معنى لاجبار العاقد الأوّل على فسخه، إذ المفروض أنّه لازم، إلاّ أنّ السيد الطباطبائي قال بجواز الاجبار في هذا المورد أيضاً، إذا أمكن الاقالة أو الاشتراء من جديد. وسيوافيك كلامه. إنّما الكلام

إذا كان جائزاً، فهل يجبر على الفسخ إذا فسخ ذو الخيار أو لا؟ وجهان:

١ــ عدم الجواز، لأنّ جواز العقد يوجب سلطنة العاقد على فسخه لا سلطنة الثالث الأجنبي (البائع الأوّل) وأمّا إجبار العاقد بالفسخ فهو مبنيّ على تسليم أمر وهو أنّ ما يدفعه المشتري إلى البائع من المثل أوالقيمة، من باب البدل للحيلولة، فمع تعذّر المبدل كالغريق في البحر، يدفع البدل مؤقّتاً، فمع التمكّن يجب تحصيله.

يلاحظ عليه: أنّه على فرض قبوله إنّما يتم إذا كان المبدل باقياً في ملك مستحقّ البدل كما في المثال لا في المقام الذي خرج فيه العوض عن ملك مستحقّ البدل، ودخل في ملك العاقد الثاني، وقد عرفت أنّ نفوذ العقد الثاني مبنيّ على تملّك المشتري آناً ما، لا إلى الأبد حتى يقال: إنّ الفسخ جعل العقد كأن لم يكن، هذا ما عليه الشيخ.

٢ـ الجواز، قائلاً بأنّ ما على المفسوخ عليه إنّما هو نفس ما وقع عليه العقد وإن كان تالفاً ففي حال التلف أيضاً يقال: إنّه يضمن نفس العين بمعنى أنّها في عهدته لا بدلها، وإنّما يعطى البدل في مقام تفريغ الذمّة فإذا كان في عهدة الضامن نفس العين في جميع المقامات حتى في القيميات وإنّما الانتقال إلى البدل وهو المثل أوالقيمة، من باب أنّه القدر الميسور من ردّها، يكون المثل أوالقيمة من باب البدل للحيلولة، فإذا تمكّن من ردّ المبدل نفسه وجب حتى في العقود اللازمة إذا أمكنت الاقالة أو الشراء ثانياً من دون ضرر عليه [1].

يلاحظ عليه: أنّ الأعيان الخارجية الجزئيّة المتشخّصة لا يتصوّر لها الثبوت

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ٢/ ١٥٨.

في الذمّة لا في حالة وجودها ولا في حالة تلفها.

أمّا الأُولى: فلأنّ ظرف العين المتشخّص هو الخارج، لا الذمّة، والذمّة ظرف للكلّيات غير المتشخّصة التي لا يبذل في مقابلها الثمن إلاّ باعتبار إضافتها إلى الذمم المعتبرة بخلاف الأعيان الخارجية، فيعد أموالاً بما هي هي من دون حاجة إلى إضافتها إلى ذمّة رجل، له ذمّة معتبرة.

ولو أُضيفت الأعيان الخارجية إلى شخص وقيل إنّها على عهدته، فإنّما يراد منها أنّه المسؤول عنها بردّها إلى مالكها إن كانت موجودة وجبر خسارتها إن كانت تالفة.

وأمّا الثانية: فإنّ التلف قد قضى على شخصه وعينه فصار عدماً محضاً، فلا يصحّ أن يقال: إنّ العين المتشخّصة على ذمّة المتلف. بل لا مناص إلاّ إرجاع ذلك الكلام إلى المسؤولية وأنّه المسؤول عنها في حالتي الوجود والعدم، والخروج عنها بأحد أمرين: إمّا بردّ العين إذا كانت موجودة، أو بردّ ماليّتها با لمثل أوالقيمة فيكون ما يدفعه في زمان الخروج عن المسؤولية نفس ما اشتغلت ذمّته، فإذا دفع خرج عن العهدة فلا معنى للجبر على فسخ العقد.

د: على القول بعدم النفوذ هل ينفسخ من أصله أو من حينه:

لو قلنا بعدم نفوذ التصرّف فيما انتقل إليه من ذي الخيار، وفرضنا أنّه فسخَ العقد الأوّل، هل ينفسخ العقد الثاني من رأسه أو من حين الفسخ؟ وجهان:

ينفسخ من رأسه وذلك حفظاً للقاعدة الفقهية، أعني لا يخرج المعوّض إلاّ

من ملـك من دخل العـوض في ملكه، فإذا دخـل العوض بفسخ العقـد الأوّل في ملك البائع الثاني، يلزم أن يخرج المعوّض من ملكه ويدخل في ملك البائع الأوّل، وهو لا يتحقّق إلاّ بفسخ العقـد الثاني من رأسه وكأنّه مـا خرجت العين من ملك البـائع الثاني ولم يـدخل في ملك الآخـر، فإذا رُدَّ العـوض إلى البائع الثـاني يتلقّى المعوّض منه.

وهذا بخـلاف ما إذا قلنـا بالفسـخ من حين فسخ الأوّل، إذ عنـدئذ يتلقّى ـ بالفسخ ـ المعوّض من المشتري الثاني، مع أنّه دفع العوض إلى البائع الثاني.

وإلى ذلك يشير الشيخ بقـوله: «فلا يجوز أن يتلقّى الفـاسخ (البائع الأوّل) الملك من العـاقد الثاني(البـائع الثاني) بل لابـدّ من انفساخ العقد الثـاني بفسخ الأوّل ورجـوع العين إلى ملك المالـك الأوّل (البائع الثـاني) ليخـرج منـه إلى ملك الفاسخ».

يـلاحظ عليه: أنّ صيـانة القـاعـدة عن النقص كما يتحقّق بـالقول بكـون الفسخ من رأسه، هكذا يتحقّـق بالقول بكونه من حينه، وذلـك بالقول بأنّ المبيع ينتقل مـن المشتري إلى البـائع الثـاني آنـاً مـا، ثمّ يتلقّـى البـائع الأوّل الملك منـه والالتزام بـا لملك التقديـري كثير في كلماتهم كما إذا قال: اعتق عبـدك عنّي أو بع مالك عنّي، أي ملّكهما لي، ثمّ اعتق أو بع عنّي.

وبذلك يعلم الوجه الثاني مع دليله.

والـذي يسهـل الخطب أنّ البحـث فـرضي وأنّ القــول بعـدم النفـوذ غير صحيح.

احتمال الفرق بين الخيار المنجز وغيره في جواز التصرّف:

هذا البحث من فروع الكلام في الأمر الأوّل وأنّه هل يجوز التصرّف أو لا ؟ وكان على الشيخ البحث عنه هناك ولكنّه أخّره إلى هنا. فلو قلنا بعدم الجواز في الخيار المنجز فهل يمكن ابداء الفرق بينه وبين غيره أو لا ؟ فقد ذكروا فيه وجوهاً:

١ـ عدم جواز التصرّف قبل تنجّز الخيار أيضاً لأنّ المانع عن التصرّف في المنجّز هو تزلزل العقد وكونه في معرض الارتفاع وهو موجود هنا وإن لم يقدر ذو الخيار على الفسخ.

٢ـ جواز التصرّف: لأنّه لاحق بالفعل لذي الخيار فلا مانع من التصرّف.

٣ـ الفرق بين الخيار المتوقّف على حضور الزمان والمتوقّف على شيء آخر كالتأخير والرؤية على خلاف الوصف لأنّ ثبوت الحقّ في الأوّل معلوم وإن لم يحضر زمانه، بخلاف الثاني.

والذي يسهّل الخطب أنّ البحث أمر فرضيّ لأنّا قلنا بجواز التصرّف في المنجّز فكيف بغيره.

ثمّ إنّ الشيخ طرح مسألة حكم استيلاد الأمة فلو قلنا بمنع التصرّف المتلف فهل يجوز الاستيلاد الذي يرجع إلى ايجاد المانع من ردّ العين بالخيار أو لا ؟ وبما أنّ المسألة فرضية بحتة لما عرفت من جواز التصرّف المتلف فكيف الاستيلاد مضافاً إلى عدم الابتلاء . نعطف عنان البحث إلى الفرع التالي:

المسألة الثالثة: إيجار المبيع في زمان الخيار بدون إذن ذي الخيار:

لو قلنا بعدم جواز التصرّف فهل يجوز إيجار العين أو لا ؟ فنقول: إنّ له صوراً:

١ـ إذا آجر المبيع من الغير بلا إذن من ذي الخيار.

٢ـ إذا آجره من الغير بإذن منه.

٣ـ إذا آجره من نفس ذي الخيار.

أمّا الصورة الأُولى فالحقّ أنّ الايجار يشترك مع سائر التصرّفات المتلفة والناقلة والمولِّدة للمانع، كالبيع والهبة والاستيلاد، فالجميع في الجواز والمنع سواسية وتعلّق حقّ ذي الخيار بالمبيع مانع عن الجميع على القول بمانعيته، وكون المدّة قصيرة في الاجارة غير مؤثّر.

بقي الكلام فيما إذا كان الايجار على الوجهين الأخيرين فلا شك في صحّة الاجارة ما لم يفسخ، كما لا شك في أنّ الايجار غير مانع عن فسخ البيع.

وهل تنفسخ بفسخ البيع؟ التحقيق لا، لأنّ ملك المنفعة تابع لملك العين، والمفروض أنّ المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدّة للدوام ومن نماء هذا الملك، المنفعة الدائمة فإذا استوفاها المشتري بالاجارة فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ بل تعود إليه مسلوب المنفعة في مدة الاجارة. وبعبارة أُخرى: إنّ المقتضي للصحّة وهو كون الموجر مالكاً، موجود، والمانع مفقود لأنّ المفروض أنّ الايجار كان بإذن صاحب الحق، وهو البائع، فيعود المبيع إليه مسلوب المنفعة.

بقي هنا سؤال، وهو أنّه ما الفرق بين المقام وايجار البطن الأوّل من الموقوف

عليهم إذا آجر وتوفّي قبل انتهاء المدة حيث تبطل الاجارة بموته فيما بقي دون المقام، مع أنّ المقامين مشتركان في كون الموجر مالكاً عند العقد، وانتفاء الملك عنهما بسبب من الأسباب، أعني: الموت والفسخ.

أقول: أجاب عنه الشيخ بأنّ البطن الثاني لا يتلقّى الملك من البطن الأوّل حتى يصدق في حقّه أنّه تلقّى الملك، وهو مسلوب المنفعة، بل يتلقّاه من الواقف كالبطن الأوّل، وسلطنة البطن الأوّل تنتهي بانتهاء استعدادها، بخلاف المقام فإنّ البائع يتلقّى الملك من المشتري بعد الفسخ، وقد استوفى منافعه باعتبار كونه مالكاً.

ثمّ أشكل على هذا الجواب بوجه آخر وقال: إنّ المالك الأوّل لا يتلقّى الملك عن المشتري كما هو الحال إذا باعه منه ثانياً، وإنّما ينتهي أمد ملكية المشتري برفع سببه وهو فسخ العقد الأوّل فيعود الملك إلى حالته الأُولى، ويكون تملّكه مستنداً إلى ما كان قبل تملّك المشتري، وبعبارة أُخرى: أنّ الفسخ سواء كان من أصله أو من حينه يكون سبباً لعود الحالة السابقة للمالك، لا أن يتلقّى المالك الملك من المشتري.

ثمّ أجاب عنه: **أوّلاً:** بالنقض بما إذا وقع التفاسخ بعد الاجارة، فإنّه لم يلتزم أحد ببطلان الاجارة **وثانياً:** نفترض أنّه لا يتلقّى الملك من المشتري لكنّه يكفي في تملّك المنفعة الدائمة تحقّق الملك المستعد للدوام لولا الرافع، آناً ما [1] فإذا استوفاها بالاجارة فقد استوفى بحقّ فلا وجه لرجوعه إلى الفاسخ.

توضيحه: إنّ مالكية الانسان مخصوصة بحالة حياته، محدّدة بموته وارتحاله

١ـ الخيارات: ٢٧٩، قوله: «آناً ما» قيد لقوله: «تحقّق الملك».

عـن دار الغـرور، فـلا مقتضـى لها فيها بعـد الموت فكـلّ تصرّف إذا رجـع إلى ما بعـد الحد يكون تصرّفاً فضـولياً يحتاج إلى الاجـازة وتصرّف البطن الأوّل وايجاره العين لأزيـد من زمـان حياتـه، من هـذا القبيل، فيكـون بـاطلاً لأنّـه تصرّف فيما لا يملك.

وهذا بخلاف مالكية المشتري مع الخيـار فإنّ المقتضي لها موجود ما دام حيّاً من غير فرق بين قبل الفسـخ وبعده، غير أنّ الفسخ يكون مانعـاً عن تأثيره، ومن المعلوم أنّه لا يؤثّر إلاّ فيما يتحقّق بعده، وأمّـا التصرّفات المتقدّمة عليه الصادرة في حـال وجـود المتقضي وعدم المانـع فتكـون صحيحة بـاقيـة إلى أن ينتهي أمـدهـا وأجلها.

ولك أن تستـوضح الفـرق بين المسألتين بـوجـه آخـر وهو: أنّ الملكيـة في الوقف غير طِلْقٍ، فليس للموقوف عليه أن يتقلّب في العين مثل المشتري المالك، بخلاف المقام فـإنّ ملكية المشتري ملك طلق، غاية الأمـر للبائع أن يسترجعه إلى ملكه، يقول السيد الاصفهاني: الوقف الخاص كالوقف على الأولاد، والوقف العام على العناوين العامـة، كالوقف على الفقراء والفقهاء والطلبة ونحـوها، فإن كانت وقف منفعـة بأن وقف عليهم ليكـون منافـع الوقف لهم فيستـوفونها بـأنفسهم أو بالاجارة أو ببيع الثمرة وغير ذلك، فهم يملكون المنافع ملكاً طلقاً، ولكن يملكون الرقبة ملكاً غير طلق[1].

ثمّ إنّ صحّة الايجار وعدمها ليست مبنية على كون الفسخ من أصل العقد، أو من حين الفسخ أمّـا على الثاني فـواضح، وأمّا على الأوّل فـلأنّ معنى كونـه من أصله فرض عـدم البيع واقعاً فيملكه البـائع بالسبب الذي ملكه، وأمّـا النماء فلو

١ـ السيد الاصفهاني: وسيلة النجاة: ٢/ ١٧٦.

كان موجوداً متّصلاً بالمبيع يكون للبائع، وأمّا التالف فلا، لأنّ المنفعة تابعة للملك والمفروض أنّ المشتري كان مالكاً وأتلفه، ولا يضمن الانسان ماله.

إلى هنا تمّ الكلام في الايجار بصوره الثلاثة، فلاحظ.

المسألة الرابعة: الاذن في التصرّف:

لو أذن في التصرّف فله صورتان:

١ ـ إذا أذن ذو الخيار أن يتصرّف في ما انتقل عنه وتصرّف المشتري فيه، يسقط خياره إمّا لدلالة الاذن على الالتزام بالعقد عرفاً، وإن لم يكن منافاة بين الإذن في التصرّف والاتلاف، وارادة الفسخ، أو لأنّ التصرّف الواقع مفوِّت لمحل هذا الحق، وهي العين.

يقول الشيخ: إنّ التصرّف الواقع تفويت لمحل هذا الحق، وهو العين بإذن صاحبه، فلا ينفسخ التصرّف ولا يتعلّق الحق بالبدل (أي لا يجب على المشتري أن يدفع البدل من المثل والقيمة ويأخذ الثمن) لأنّ أخذ البدل (المثل والقيمة) بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه، لا مع سقوطه عنه، وبعبارة أُخرى: أنّ دفع البدل فرع كون العين ملكاً للبائع أو متعلّقاً لحقّه، والمفروض عدمها.

٢ ـ ولو أذن ولم يتصرّف المأذون، ففيه وجهان: السقوط لدلالة الاذن على الاسقاط، وإن منع في المسالك وجامع المقاصد والقواعد الدلالة المذكورة، وعدم السقوط، فإنّ ظاهر الاذن هو رفع اليد عن الخيار في ظرف الإتيان بالفعل المأذون فيه، لا فعلاً وفي ظرف الإذن [1].

---

١ ـ تعليقة المحقّق الايرواني: ٢/ ٧٦.

هل الاذن في التصرّف فسخ:

إنّ للشيخ في الإذن المجرّد عن التصرّف رأياً آخر، وإليك بيانه بصياغة جديدة ، وهو أنّ الإذن في التصرّف المخرج عن الملك كناية عن فسخه، إذ لا معنى لإباحة مال الغير «المشتري» فيحمل على الفسخ كسائر التصرّفات التي لا تصحّ شرعاً إلاّ بجعلها فسخاً.

فإن قلت: كيف لا يكون إذن ذي الخيار في التصرّف مسقطاً للخيار مع أنّ المعروف أنّ إذن ذي الخيار للمشتري في التصرّف اسقاط.

قلت: إنّ ما ذكر غير ثابت، وإنّما الثابت تصرّف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازة، وأين هو من اذنه للمشتري أن يتصرّف فيما انتقل عنه. وإنّما حكم بالسقوط في التصرّف عن اذنه لا لأجل تحقق الاسقاط من ذي الخيار بالاذن بل لأجل تحقق المسقط لما عرفت من أنّ التصرّف الواقع باذنه صحيح نافذ، والتسلّط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلّقاً للحق.

ثمّ إنّه احتمل في ختام المسألة أنّ الإذن في التصرّف يتضمّن الرضا بالعقد، وهو كاف في لزومه وليس هذا بأدون من استكشاف رضا المشتري بالبيع بتقبيلها، وعبارة الشيخ في المقام لا تخلو عن تعقيد وقد أتينا بمقصده بعبارات واضحة.

والحق أن يقال: إنّ كون الإذن في التصرّف إجازة أو فسخاً يتبع كيفية الإذن، فلو قال: بع هذا الشيء لي، يكون فسخاً، وأمّا إذا قال: بعه أو تصرّف فيه، يكون إجازة وتأميناً للمشتري بأنّه إذا تصرّف، ليس عليه وضيعة ولا تبعة.

أحكام الخيار

الثالث: تملّك المبيع بالعقد لا به وبانقضاء الخيار [1]

هل المبيع ينتقل بالعقد أو به وبانقضاء الخيار معاً فيه أقوال ثلاثة:

١ـ العقد هو السبب التام للانتقال من دون توقّف على انقضاء الخيار.

٢ـ التوقّف على انقضاء الخيار.

٣ـ التفصيل بين خيار المشتري وحده وغيره فيخرج عن ملك البائع في الأوّل دون غيره.

المشهور بين الفقهاء أنّ المبيع يملك بالعقد، ولا يتوقّف على انقضاء الخيار، وأثر الخيار حينئذ هو تزلزل الملك ـ وراء تزلزل العقد ـ بسبب القدرة على رفع سببه فالخيار حق لصاحبه في ملك الآخر.

وحكي عن الشيخ وابن الجنيد توقّف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار مطلقاً، أو على خصوص خيار البائع، ونسب هذا القول إلى ابن سعيد، والامعان في ماقبل كلامه وما بعده يعرب عن موافقته للمشهور. قال: وينتقل المبيع إلى المشتري بالعقد، وانقضاء الخيار، وقيل بالعقد. ولا ينفذ تصرّف المشتري فيه حتى

١ـ كان اللازم تقديم بيان هذا الحكم من أحكام الخيار على الحكم السابق لأنّ البحث عن جواز التصرّف في أيّام الخيار وعدمه فرع ثبوت الملكية للمتصرّف فيه ولكن الشيخ أخّر بيانه فاقتفينا أثره.

ينقضي خيار البائع [١].

ومراده من الانتقال المتوقّف على انقضاء الخيار ليس هو مطلق الملكية بل الملكية التي يجوز معها التصرّف في المبيع فمثل هذه الملكية عنده متوقّفة على الانقضاء لا أصل الملكية، وقد تقدّم في الحكم الثاني من أحكام الخيار أنّ جماعة من الفقهاء منعوا من تصرّف غير ذي الخيار في المبيع كالمحقّق والشهيد الثانيين، مع كونهم قائلين بعدم توقّف الملكية على انقضاء الخيار.

ويؤيّد ذلك بأنّه حكم بأنّ نماء المبيع في مدّة الخيار للمشتري [٢].

وأمّا ما نقل عن الشيخ في الخلاف والمبسوط، فقابل للتوجيه والتأويل، وليس بين أيدينا كتاب ابن الجنيد حتى نتدبّر في كلامه، ولعلّه ليس في المسألة قائل بتوقّف الانتقال على انقضاء الخيار، وإن حكاه المحقّق عن الشيخ، قال في الجواهر: وكلامه في النهاية لا يأبى حمله على رأي المشهور كالمقنعة، بل عن الشهيد احتماله أيضاً في كلامه في الخلاف [٣].

وبما أنّ المسألة من الأحكام التفريعية، فالأولى الاشتغال بالتدبّر في النصوص حتى تعلم صحّة أحد التفريعين.

الحق ما هو المشهور لو لم نقل انّه المجمع عليه كما عن التذكرة،وذلك بوجوه:

١ــ سيرة العقلاء في كل عصر ومصر إلى أن ينتهي إلى عصر المعصومين، فقد استقرّت على حصول الملك بالاشتراء مع الخيار من دون تلبث انقضائه، فيرى المشتري نفسه مالكاً للمثمن والبائع يتصرّف في الثمن، فأثر الخيار هو تزلزل

١ـ الجامع للشرائع: ص ٢٤٨.

٢ـ المصدر نفسه: ص ٢٤٧.

٣ـ النجفي: جواهر الكلام: ٢٣/ ٧٨.

الملك بعد حصوله، وأمّا على القول الآخر، فأثره هو تزلزل العقد المقتضي للملك لا السبب التام للملك، فالسيرة تؤيّد الأُولى دون الثاني.

نعم لو دلّ الدليل على اشتراط شرط آخر في حصول الملك يؤخذ به كما دلّ على توقّف الملك في السلف والسلم على القبض والاقباض في مجلس المعاملة، ولكنّه يختص بالصرف والسلم لا بعقد آخر وبنفس القبض لا بشرط آخر، ولم يرد مثله في انقضاء الخيار. والسيرة العقلائية حجّة شرعية إذا لم يرد ردع عنها.

٢ـ الاستدلال بالعمومات، قال الشيخ الأعظم:

«فالأقوى هو المشهور لعموم أدلّة حلّ البيع وأكل المال إذا كانت تجارة عن تراض وغيرهما ممّا ظاهره كون العقد علّة تامة لجواز التصرّف الذي هو من لوازم الملك».

يلاحظ عليه: أنّ ما أشار إليه من العمومات بين كونها في مقام الاجمال مثل قوله سبحانه: ﴿قَالُوا إِنَّما البَيْعُ مِثْلُ الرِّبا وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا﴾ (البقرة/ ٢٧٥) فإنّ الآية في مقام نفي المساواة التي كان المرابون يدّعونها كما يشير إليها قولهم: ﴿إِنَّما البَيْعَ مِثْلُ الرِّبا﴾ فردّ عليهم بقوله: ﴿وأحلّ اللهُ البيعَ وحرّمَ الرّبا﴾ والآية بصدد إفادة هذا، لا بصدد تحليل البيع بجميع أفراده وحالاته.

وبين كونها في مقام التركيز على لزوم كون الأسباب محلّلة، إحترازاً عن محرّماتها، مثل قوله سبحانه: ﴿وَلا تَأْكُلُوا أمْوالَكُمْ بَيْنَكُم بِالباطِلِ إلاّ أن تَكُونَ تِجارةً عَن تراضٍ﴾ (النساء/ ٢٩) فإنّ الباء في قوله: ﴿بالباطِلِ﴾ بمعنى السببيّة أي لا تأكلوا بالسبب الباطل كالرشوة والربا والسرقة والخيانة والغش، ولكن ليست الآية في مقام بيان شرائط السبب الحلال حتى يتمسّك باطلاقه فالآية نظير قولنا: يحرم السباع والمسوخ، ويحلّ الغنم والبقر، فلا يصلح للتمسّك في ما شككنا

في شرطية شيء أو مانعيته، وبالجملة المقصود من الأكل وإن كان التقلّب والتصرّف لا الأكل اللغوي ولكنّ الآية ليست إلاّ بصدد الدعوة إلى السبب الحلال، والنهي عن السبب المحرّم له فقط، وأمّا أنّ التجارة عن تراض: هو السبب التام لجواز التصرّف فليست الآية بصدد بيانه، ويؤيد ما ذكر إذا وقفنا على انّ الآية جاءت بعد ذكر ما يحل نكاحهن وما يحرم، وبعد الدعوة إلى الأُولى والزجر عن الثانية، وأمّا ما هي الشروط للمحلّل والمحرّم فمتروك إلى بيان آخر.

وبين كونها مطلقة دليلاً على المسألة كقوله سبحانه: ﴿يا أيّها الذين آمَنُوا أوْفُوا بالعقودِ﴾ (المائدة/ ١) ولكنّها قابلة للتقييد إن ثبت.

٣ـ ما أشار إليه صاحب الجواهر بقوله: «إنّ المقصود للمتعاقدين والذي وقع التراضي عليه بينهما انتقال كل من الثمن والمثمن حال العقد، فهذه المعاملة أمّا صحيحة كذلك عند الشارع ويثبت المطلوب أو باطلة من أصلها لا أنّها صحيحة على غير ما قصداه وتراضيا عليه، واثبات الخيار منهما أو من الشارع إن لم يؤكد ذلك لا ينافيه، فالمقتضى للملك موجود والمانع منه مفقود»[1].

وأورد عليه الشيخ بأنّ مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكن لمّاكان الانشاء علّة تامّة لتحقّق المنشأ عند تحقّقه كان الداعي على الانشاء حصول المنشأ عنده، وكونه عندهم سبباً تامّاً لا ينافي كونه في الشرع محتاجاً إلى تحقّق شرائط أُخر مثل انقضاء الخيار في المقام والتقابض أو القبض في الصرف والسلم وأقصى ما يلزم هو تخلّف الداعي لا تخلّف المنشأ عن الانشاء لما عرفت من عدم تقيّده بالحال.

يلاحظ عليه: أنّ الحال وإن لم يكن مدلولاً مطابقياً أو تضمنياً للصيغة، ألاّ

١ـ جواهر الكلام: ٢٣/ ٧٩.

أنّها منصرف إلى الحال فيكون مدلولاً عرفياً، ولأجل ذلك لو كان التمليك في المستقبل ـ على القول بعدم حصوله إلاّ بعد الموت ـ كالوصية لاحتاج إلى التقييد، فلا يعد مثل هذا تخلّفاً عن الداعي بل تخلّفاً عن المدلول.

نعم يرد على صاحب الجواهر أنّه ليس كل تخلّف مخلاً، وإنّما المخلّ أن يكون الواقع مبائناً للمقصود، كما إذا قصد البيع، وصارت النتيجة الهبة ، لا مثل المقام الذي يرجع إلى تقييد المطلق ، بالانقضاء.

٤ـ الروايات الظاهرة في مذهب المشهور، ونذكر من الكثير القليل:

ألف ـ صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع [1].

والمراد من البيع الأوّل هو المبيع وأمّا البيع الثاني فإن أُريد منه نفس العقد أي انشاء المعاملة فلا يحتج بها على رأي المشهور، لأنّ القائل بتوقّف الملكية على انقضاء الخيار يقول إنّ أثر الخيار هو كون العقد متزلزلاً، فانقضاؤه يكون سبباً للزوم العقد، وأمّا لو قلنا: إنّ المراد من البيع هو المسبب كما هو المتبادر من أسماء المعاملات أي النقل والانتقال القانونيان الشرعيان فهي ظاهرة في رأي المشهور وأنّه لا دور لانقضاء الخيار إلاّ في ايجاب المسبّب ولزومه لا في أصل حدوثه، وبعبارة أُخرى انقضاء الخيار يحدث اللزوم في الملكية لا أنّهاتحدث الملكية اللازمة وبهذا المضمون روايات الباب أيضاً.

ولك أن تستدل بقوله: «البيعان بالخيار حتّى يفترقا» [2] فان صدق البيّع فرع

---

١ و ٢ ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤ و ٥، وما ذكره الأُستاذ ـ من الرواية فإنّما هو تلفيق من روايتين فما ورد فيه «البيعان» ليس فيه ذيل الرواية «فإذا افترقا وجب البيع» وما ورد فيه الذيل، ليس فيه لفظ «البيعان» فلاحظ.

تحقق البيع بمفهومه، وتحقّقه يلازم حصول الملكية قبل الافتراق.

ب ـ ما يدل من الروايات على سقوط خيار المشتري بالتصرّف في المبيع من لمس الأمة، وتقبيلها أو النظر إلى ما يحرم عليه قبل الشراء، أو أخذ الحافر ونعل الدابة وركوبها فراسخ، فإنّ ظاهر هذه الروايات أنّ هذه التصرّفات التي هي من شؤون المالك جائزة للمشتري ومباحة قبل التصرّف و به يسقط خياره.

ففي صحيحة علي بن رئاب قيل له: ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء [١].

وفي رواية أُخرى عنه: قلت له: أرأيت إن قبّلها المشتري أو لامس؟ قال: فقال: إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط ولزمته [٢].

فظاهر الرواية كما قلناه ثبوت الحلّية للمشتري قبل التصرّف، ولا دور للتصرّف إلاّ في الايجاب لا أنّ التصرّف باسقاطه الخيار يحدث الملكية والحلّية معاً في آن واحد، فما احتمله الشيخ من أنّه نظير حل وطء المطلّقة الرجعية التي تحصل به الرجوع والزوجية وتتبعهما الحلّية معاً بعيد عن الأذهان وإنّما قلنا به في المطلّقة لأجل النصّ على أنّ المطلّقة الرجعية بحكم الزوجة، فليس وطؤها حراماً حتى لو وطأها بنيّة السفاح يكون رجوعاً وحلالاً.

ج ـ الاستدلال بأخبار العينة مثل خبر بشار بن يسار، سألت أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ عن الرجل يبيع المتاع بنسأٍ فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشتري متاعي؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك

١ و ٢ ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣، والروايتان عن الإمام الصادق ـ عليه السلام ـ .

ولاغنمك [١].

والدلالة واضحة فإنّه يشتري المتـاع من المشتري في المجلس الذي لم يتفرّقا عنه، فلمّــا تعجّبَ الراوي عن صحّـة الاشتراء لأنّه أشبه بـالهزل لا الجد (ولأجل ذلك صـارت الصحّة عنـد أهل السنّـة مشروطة بمضي شهـر) رفعَ الإمام تعجّبـه بقوله: إنّه ليس متاعه، ولا بقـره ولا غنمه، حتى يكون من قبيل اشتراء الرجل مال نفسه، بل اشتراء لمال الغير.

وأورد عليـه الشيخ: بأنّ هـذا البيع جـائز عنـد القـائل بالتـوقّف لسقـوط خيارهما بـالتواطؤ على هذا البيع فيمكـن أن يكون سؤال السائل بقـوله: «أشتري متاعي» من جهة ركوز مذهـب الشيـخ عندهم من عدم جواز البيع قبل الافتراق، ويكون جـواب الإمام مبنياً على جـواز بيعه على البائع فقـوله: «ليس هو متـاعك إشـارة إلى أنّ ما ينتقـل إليك بـالشراء إنّما انتقل إليك بعـد خـروجه عـن ملكك بتواطئكما على المعاملة الثانية المسقط لخياركما».

يلاحـظ عليه: أنّ تفسير تعجّب الـراوي عن طريـق ركوز مـذهب الشيخ عنده، أعني: عـدم جواز البيع قبل الافتراق لعـدم حصول الملكيّة، لا يخلـو عن غرابة، بل الظاهر أنّ وجه توقّفه لأجل تصوّره أنّ النقل ليس جدّياً في العقد الأوّل ولأجل ذلك ورد في رواية الحسين بـن المنذر في نفس الموضوع أنّه قـال للإمام: إنّ أهل المسجد يزعمـون أنّ هذا فاسد، ويقولون: إن جاء بـه بعد أشهر صلح ...[٢]

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣، والعينة هو شراء العين نسيئة، كما هو الحال في البيع الأوّل أو مـن العين بمعنى النقد كما هو الحال في البيع الثـاني، لاحظ الجواهر: ٢٣/١٠٨ـ١١١.

٢ـ المصدر نفسه: الحديث ٤ ولاحظ روايات هذا الباب.

حتى يستظهر منه أنّ النقل كـان عن قصد وجدّ، وأمّا سقوط الخيـار بالتواطؤ على البيع الثاني فهو كما تـرى، لأنّ الخيار اثباتاً واسقاطاً يحتـاج إلى الانشاء إمّا قولاً أو فعلاً، والتـواطؤ ليـس منهما، أضف إليه أنّ المقتضي بعـد لم يوجـد فكيف يسقط قبله.

وأمّا الاشكـال على الاستدلال بهذا القسم من الروايـات بأنّه لم يـدفع به إلاّ القـول بالنقل دون الكشـف، فغير تامّ لأنّ كـلاًّ من النقل والكشف على خـلاف القـاعـدة لا يصـار إليهما إلاّ بدليـل كما في بـاب الفضولي، فـاثبـات الحاجـة إلى الانقضاء لأجل الكشف يحتاج إلى الدليل.

د ــ ما دلّ على جـواز بيع الخيـار بشرط ردّ الثمـن وأنّ النماء في مدّة الخيـار للمشتري وتلفه منه فيكشف ذلك عن ثبوت الملزوم وهو الملك.

روى إسحاق بن عمّـار قال: حدّثني من سمع أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ وسأله رجل وأنـا عنـده، فقال: رجـل مسلم احتـاج إلى بيع داره فجـاء إلى أخيه، فقـال: أبيعك داري ... على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن تردّ علي فقال: لا بأس بهذا إن جـاء بثمنها إلى سنـة ردّها عليـه، قلت: فإنّها كـانت فيها غلّـة كثيرة فأخذ الغلّة، لمن تكون الغلّة؟ فقال للمشتري [1].

وأورد عليه الشيخ بأنّ هنا احتمالين آخرين:

١ـ أن يكون الشرط، شرط نتيجة، وأنّه إذا جـاء بالثمن ينفسخ البيع بنفسه بلا حاجة إلى الفسخ وعندئذ لا يكون هنا خيار حتى يكون دليلاً على الموضوع.

٢ـ أن يكون الخيار حادثاً بردّ الثمن ولا يكون قبله.

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

والاحتمال الأوّل استبعده الشيخ نفسه، والثاني وإن كان محتملاً، لكن اطلاق الرواية شامل لما إذا كان الخيار موجوداً من حين العقد مقيّداً فسخه بردّ الثمن.

هـ ـ النبوي المعروف «الخراج بالضمان» وجه الدلالة هو أنّ المبيع في زمان الخيار المشترك أو المختصّ بالبائع، في ضمان المشتري فخراجه له وهي علامة ملكه أخذاً بقاعدة التلازم بين ملك المنفعة وملك العين ويترتّب عليه ثبوت الملك بالعقد.

وأورد عليه الشيخ: بأنّه لم يعلم من القائلين بتوقّف الملك على انقضاء الخيار، القول بكون ضمانه على المشتري حتّى يكون نماؤه له.

أضف إليه أنّه لا يتمّ في الصورة الثالثة، أعني: فيما إذا كان الخيار مختصّاً بالمشتري إذ الضمان فيه على البائع أخذاً بالقاعدة الآتية: التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له.

الاستدلال على مذهب الشيخ:

استدلّ على القول الثاني ببعض الروايات:

١ـ صحيحة عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبدالله ـ عليه السلام ـ عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ قال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري [١].

وجه الدلالة من جهتين:

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢، و لاحظ الحديث ٣ منه أيضاً.

١ـ الحكم بأنّ الضمان على البائع والمراد منه هو الخسارة ولا يعقل أن تكون الخسارة إلاّ على صاحب المال وهذا دليل على عدم الانتقال.

٢ـ قوله: «ويصير المبيع للمشتري».

يلاحظ عليه: أمّا الأُولى فانّا نسلّم أنّ المراد من الضمان هو الخسارة ولا نسلّم الكبرى وهي: عدم معقولية الخسارة إلاّ على صاحب المال. فإنّه إنّما هو فيما إذا لم تكن بين الضامن والمضمون له صلة، كما إذا تلف مال أجنبي وصار الضمان على جاره دون ما إذا كانت بينهما صلة، كالضمان على العاقلة سواء قلنا بأنّ الضمان هنا ضمان تكليفي أو وضعي، ومثله التلف بعد البيع وقبل القبض، فإنّه من مال بائعه مع كونه ملكاً للمشتري، وليكن المقام مثله فإنّ المبيع ملك للمشتري وقد سلّمه إليه، لكن الشارع يضمّن البائع ويجعل الخسارة عليه في أيّام الخيار، فإنّ الموت أيّام الخيار ربّما يكشف عن مرضه السابق على البيع الذي قضى على حياة الحيوان [1].

وأمّا الجملة الثانية فلا تعدو عن اشعار، فيؤوّل لأجل الروايات المتقدّمة ويحمل على الملكية اللازمة.

٢ـ معتبرة السكوني عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ : انّ أمير المؤمنين ـ عليه السلام ـ قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنّه قد رضيه فاستوجبه ثم ليبعه إن شاء فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه [2].

١ـ لاحظ الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار.

٢ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١، ومثله رواية الحلبي وزيد الشحام وإن كان لفظ الثاني (الذي نقله الشيخ في التهذيب ولم يأت به صاحب الوسائل واكتفى برواية الحلبي) أوضح في المقصود.

يلاحظ عليه: أنّ لو كان المانع وجود الخيار للمشتري فاسقاطه كان أمراً سهلاً من غير حاجة إلى الاشهاد، مغ أنّ الإمام أمره بعد الايجاب بالاشهاد، على أنّ القائل بالتوقّف لا يقول به في خيار المشتري كما هو مورد الرواية ولعلّه كانت هناك مصلحة لما أمره.

٣ـ ما رواه الحلبي في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيّام ثمّ ردّها قال ـعليه السلام ـ: إن كان في تلك الثلاثة أيّام شرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء، ببيان أنّ رد عوض النماء دليل على عدم مالكية المشتري وإلاّ لما ضمن النماء.

والرواية محمولة عل الاستحباب لتضافر الروايات على كون النماء للمشتري.

وفي الختام نقول: الطائفتان من الروايات ليستا متكافئتين، لا في قوّة الدلالة ولا في كثرتها، ولا في الشهرة فالعمل بما عليه المشهور هو المتعيّن.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم استظهر من عبارتي الخلاف والمبسوط اختصاص الحكم بخياري الشرط والحيوان والمجلس حيث قال في الأوّل: «فإن كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط»، وقال في الثاني: «وإن كان مقيّداً بشرط لزم بانقضاء الشرط». وخيار الشرط حيث يطلق يراد منه خياري الشرط والحيوان تبعاً للروايات.

ويؤيّد الاختصاص، التعبير بالانقضاء الذي لا يستعمل إلاّ في الخيار الزماني ويعمّ الحكم، الخيار المتصل والمنفصل، وعليه فلا يعمّ خياري العيب والغبن وغيرهما.

ويظهر من الدروس وجه آخر للاختصاص وهو أنّ كل خيار مانع من التصرّف في المبيع فهو داخل فيما يتوقّف الملك على انقضائه، والتصرّف ممنوع عندهم في الخيارات الثلاثة المتقدّمة، لا في غيرها مثل خياري العيب والغبن، فالقول بعموميّة كلامه لمثل الأخيرين يستلزم أحد أمرين:

١ـ إمّا المنع عن جواز التصرّف في موردهما.

٢ـ الالتزام باللزوم وحصول الملك للمشتري وجواز التصرّف قبل الظهور وثبوت الخيار وأمّا بعدهما فيخرج عن ملك المشتري، وهو ممّا لا يليق أن ينسب إلى الشيخ.

أحكام الخيار

الرابع: التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له

قد اشتهر بين الفقهاء «أنّ التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له» و «أنّ المبيع في زمن الخيار في ضمان من لا خيار له» أو « أنّ كل مبيع قد تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له» إلى غير ذلك من التعابير المختلفة وهل القاعدة تامة بسعتها أو أنّها خاصّة بمورد أو موارد وهذا هو المهمّ في المقام فنقول:

إذا كان من لا خيار له، مالكاً، يكون ضمانه على وفق القاعدة كما إذا تلف المبيع في يد المشتري وكان الخيار مختصّاً بالبائع، أو تلف الثمن في يد البائع وكان الخيار للمشتري، وأمّا إذا كان غير مالك كما إذا كان الخيار للمشتري وتلف في يده، فالحكم بضمان البائع بحجّة أنّه لا خيار له، وأنّ المعاملة تامّة من جانبه دون الجانب الآخر، على خلاف القاعدة لأنّ ضمان الأجنبيّ مال الغير بلا مباشرة ولا تسبيب في التلف، يحتاج إلى دليل قاطع.

نعم هو على خلاف القاعدة على القول بعدم توقّف الملكية على انقضاء الخيار، وأمّا على القول به، فضمان البائع يكون على وفاق القاعدة لأنّه المالك دون المشتري.

إذا عرفت ذلك، فلنذكر بعض ما يستدل به على القاعدة.

دليل القاعدة:

١ـ صحيحة عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله عن الرجل يشتري الدابة أو العبد، ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام ويصير المبيع للمشتري.

ورواه الصدوق في الفقيه إلاّ أنّه قال: «لا ضمان على المبتاع حتى ينقضي الشرط ويصير البيع له» [١].

وفي التهذيب تذييله بقوله: «شرط أو لم يشترط قال: وإن كان بينهما شرط، أيّاماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع» [٢].

٢ـ عن الحسن بن علي بن رباط عمّن رواه عن أبي عبد الله ـعليه السلام ـ قال: إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيّام فهو من مال البائع [٣].

٣ـ عن عبد الرحمان بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ـعليه السلام ـ عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين فماتت عنده وقد قطع الثمن، على من يكون الضمان؟ فقال: ليس على الذي اشترى ضمان حتّى يمضي شرطه [٤].

٤ـ خبر عبد الله بن الحسن عن أبيه عن جعفر بن محمد قال: قال رسول الله في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو بريء من الضمان [٥].

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٢ـ التهذيب: ج٧، باب عقود البيع، الحديث ١٩.

٣ و ٤ و ٥ ـ المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب الخيارات، الحديث ٥ ، ١ ، ٤.

إنّ القاعدة منتزعة من هذه الروايات، ولس لها دليل سواها ولابد من الامعان في القيود المأخوذة فيها فهل تصلح للتقييد أو لا.

وقبل الخوض في صلب المقصود نبحث عن جهات:

الأولى: في بيان القيود الواردة في النصوص وهي:

١ـ المبيع هو الحيوان.

٢ـ والخيار للمشتري.

٣ـ والمبيع مقبوض.

٤ـ الخيار متّصل بزمان العقد.

٥ـ الخيار أمّا خيار حيوان أو خيار الشرط.

والتعدّي عن هذه الموارد إلى الموارد التالية يحتاج إلى الغاء الخصوصية:

١ـ اثبات الحكم لمطلق المبيع وأنّ ذكر الحيوان من باب المثال.

٢ـ لا فرق بين كون الخيار للمشتري أو للبائع.

٣ـ لا فرق بين المقبوض وغيره فلو كان الخيار للبائع وكان البيع لازماً من جانب المشتري يكون المبيع في ضمان من لا خيار له، سواء كان قبل القبض أو بعده وسيوافيك بعد هذا التعميم.

٤ـ لا خصوصية للخيارين بل الحكم يعمّ سائرهما.

٥ـ لا فرق بين المتّصل والمنفصل.

وسيظهر حال الجميع في البحوث التالية.

الثانية: في أنّ القاعدة بصدد توسيع ضمان البائع قبل القبض.

إنّ الامعان في هذه الروايات يعرب عن كونها حاكمة على ضمان البائع قبل

القبض المعبّر عنه في لسانهم بقولهم «كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه». والمراد من الحكومة هو توسعة دائرة المحكوم عليه حتى يعمّ ما بعد القبض أيضاً والحكومة كما تتحقّق بالتضييق كما في قوله: «لا شك لكثير الشك» تتحقّق بالتوسعة أيضاً والمقام من قبيل القسم الثاني، وهذا يؤيّد اختصاص الخيار للمشتري كما لا يخفى.

الثالثة: في أنّ ضمان البائع على خلاف القاعدة.

إنّ ضمان البائع في كلتا الصورتين ــ قبل القبض وبعده ــ على خلاف القاعدة لكن التضمين في احداهما أمر مقبول عند العقلاء لا يحتاج فيه إلى اعمال التعبّد، بخلاف الأُخرى.

أمّا الأُولى فإنّ المبيع وإن صار ملكاً للمشتري حسب الانشاء والتشريع فلو تلف يلزم أن يحسب على المشتري، لكن البائع لما تعهّد في ضمن العقد، التسليم والاقباض، والمفروض أنّه لم يخرج عن التعهّد وإن كان لا بسوء الاختيار، فكان تضمين البائع أمراً مقبولاً. وهذا بخلاف الأُخرى فإنّ المفروض أنّ البائع قد خرج عن العهدة، والمبيع صار ملكاً للمشتري وسلّمه إليه ولكنّه تلف في يد المشتري، ففرض التلف على البائع والزامه بقبول الخسارة أمر على خلاف السيرة المألوفة إلاّ أن يكون هناك تعبّد شرعي قاطع، وبما أنّ الضمان في المقام على خلاف القاعدة (التلف من مال المالك) وأمر مخالف للسيرة الدارجة بين العقلاء يجب أن يقتصر على مورد النص، إلاّ أن يدل دليل على التسرية.

الرابعة: في تبيّن ما هو المقصود من قولهم، يفرض المبيع تالفاً في ملك البائع.

إنّ المبيع لمّا كان في كلتـا الصورتين ملكاً للمشتري فمقتضى القاعـدة كون التلف من مالـه، ولما دلّ الدليل على أنّ التلف في كلتا الصورتين مـن مال البائع وكان ذلك على خلاف القـاعدة لعدم صحّة ضمان الغير خسارة مـال المالك بلا تسبيب ولا مباشرة، حاول بعض الفقهاء أن يطبّقـوا الحكم على القاعدة بافتراض الانفسـاخ قبل التلف وخـروج المال عن ملـك المشتري ودخولـه في ملك البـائع حتى يكون عند التلف ملكاً له ويرد التلف على ماله.

وهذا الافتراض ، فكرة فقهية ليس منها بين العرف عين ولا أثر، وستوافيك بعض المحاولات الأُخـر في محلها وأنّ للروايات محمل أو محامـل أُخرى، وإن كان ما ذكر هو المعروف بين المتأخّرين.

وليعلم أنّ ذلك الافتراض على تسليمه لا يجعل خـلاف القاعدة على وفقها وإنّما هو تمحّل شرعي، لتصوير الحكم بالضمان في الصورتين وأنّ العين تلفت من مـال المالك فما لم يـدل دليـل على ضمان غير المالـك، لا يكـون ذلـك ذريعـة لتصحيحه.

إذا عرفت مـا ذكر فاعلم أنّ تحقيـق الكلام في المسألة يتـوقّف على البحث عن أُمور:

١ـ هل الحكم مختصّ بالحيوان أو يعمّ غيره؟

الظـاهـر أنّ الحكـم مختصّ بـالحيـوان فقط، ولعـلّ حكمـة ضمان البـائع (لا علّته) هو صيـانة حق المشتري لأنّ هلاك الحيوان في الأيّام الثـلاثة أو حدوث حدث فيه، ربّما يكون مسبوقاً بوجود مادة المرض في جسم الحيوان وكمونها فيه على نحـو يكون المرض بـروزاً للمادة المكنـونـة، وفي مثل هـذا المورد حكم الشـارع أنّ

التلف من كيس البائع إذا كان المشتري ذا خيار، وأمّا في غير هذا المورد فلمّـا كان الحكم بالضمان على خلاف القاعدة كان اللازم الاقتصار على مورد النص، وأمّا تمحّل بعض الفقهاء بافتراض دخول المبيع في ملك البائع وتلفهمن ماله فإنّما هو لتصحيح ذلك الحكم المخالف للقاعدة على نحو يكون على وفقها إذا ثبت التعبّد، وأمّا لو لم يثبت التعبّد فالتمحّل ليس بنافع، كما مرّ.

وربّما يستدل على عمومية الحكم لغير الحيوان بما رواه الصدوق في الفقيه:

«حتى ينقضي الشرط ويصير البيع له، أي المبتاع» بتصوّر أنّه يدلّ على أنّ الميزان كون البيع خيارياً أو غير خياري من دون مدخلية لمبيع خاص.

يلاحظ عليه: ــ مضافاً إلى عدم ثبوت النسخة ــ أنّه من المحتمل أن تكون اللام في البيع للعهد أي بيع الدابّة أو العبد، الواردين في صدر النص.

على أنّه لو صحّ الاستدلال بنقل الصدوق لصحّ الاستدلال على النقل الآخر أيضاً أي «ويصير المبيع للمشتري» بجعل اللام للجنس.

وربّما يستدل أيضاً بعمومية الحكم بما رواه الشيخ بقوله: «وإن كان بينهما شرط أيّاماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع» قائلاً بأنّ المراد من الشرط مطلق الخيار وأنّ المناط هو كون العقد خيارياً، من غير فرق بين مبيع دون مبيع.

يلاحظ عليه: أنّ المراد من الشرط هو الشرط المتحقّق في بيع الدابّة والعبد، وأقصى ما يمكن، هو الغاء الخصوصية من ناحية الشرط (الخيار) بجعل اللام للجنس ولايمكنْ الغاء الخصوصية عن جانب الحيوان الوارد

في النص.

والحاصل أنّ الحكم لما كان على خلاف القاعدة أوّلاً، وعلى خلاف السيرة المألوفة بين العقلاء يقتصر على مورد الرواية أعني الحيوان، وأمّا اختصاص الحكم بخيار الحيوان والشرط أو عموميته، فسيوافيك الكلام فيه في التالي.

٢ـ هل الحكم مختصّ بالخيارين؟

إذا قلنا بأنّ الموضوع هو الحيوان أو مطلق المبيع يقع الكلام في سعة الخيار وضيقه والظاهر هو الثاني ولا يعمّ خيار الغبن والعيب وتخلّف الشرط، وتفليس المشتري وتبعّض الصفقة، وذلك لأنّ المتبادر من قوله: «ويصير المبيع للمشتري» هو المتزلزل من أوّل الأمر، ولا يشمل المتزلزل المسبوق باللزوم بأن يكون المبيع في ضمان المشتري بعد القبض، ثمّ يرجع ـ بعد عروض التزلزل ـ إلى ضمان البائع، اللّهمّ إذا قيل بوجود الخيار من أوّل الأمر وظهوره بظهور سببه، وهو الغبن والعيب.

فإن قلت: على ما ذكرت يلزم خروج خيار الشرط إذا كان منفصلاً، أو اسقط الخيار في اليوم الأوّل وأبقى يومين.

قلت: ليس الدليل ظاهراً في اتصال الخيار بالعقد، حتى يخرج الموردان بل ظاهر في المتزلزل من أوّل الأمر وهو حاصل فيهما أيضاً كما أشار إليه الشيخ بقوله: « ولو كان منفصلاً بناء على أنّ البيع متزلزل ولو قبل حضور زمان الشرط نظير البيع الخياري فإنّه متزلزل و إن كان الخيار حاصلاً برد الثمن، وهذا بخلاف سائر الخيارات فإنّها لازمة من أوّل الأمر بعرضها التزلزل بعد اللزوم.

وربّما يتمسّك بالاستصحاب في الخيارات المنفصلة ببيان أنّ البائع كان ضامناً للمبيع قبل القبض، والأصل بقاؤه بعده في سائر الخيارات أيضاً.

يلاحظ عليه **أوّلاً**: أنّه من قبيل اسراء حكم من موضوع (قبل القبض) إلى موضوع آخر (بعد القبض) وهو أشبه بالقياس، وإنّما صرنا إليه في الخيارين، أو بضميمة خيار المجلس لوجود النص.

وثانياً: أنّ المرجع عندئذ هو عمومات اللزوم لا الاستصحاب كما هو المحقّق في مورده، حتى ولو لم يكن للعام عموم ازماني.

وثالثاً: أنّه ربّما لا يكون للبائع أيّ ضمان، كما إذا كان المبيع عند المشتري، فليس هنا ضمان حتى يستصحب وسيأتي نحو هذا الاستصحاب في تلف الثمن، وأمّا التمسّك باطلاق الشرط، الوارد في الروايات على ما نقله شيخ الطائفة من قوله: «وإن كان بينهما شرط أيّاماً معدودة، فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط» فغير تام، لأنّ اللام للعهد أي شرط أيّام معدودة، وهو خيار الشرط، لا سائر الخيارات من العيب والغبن وأقصى ما يمكن أن يقال هو التوسعة في خيار خصوص الشرط، سواء كان متّصلاً أم منفصلاً، باعتبار كونه متزلزلاً.

٣ـ هل الضمان يختصّ بصورة القبض أو لا؟

إنّ ضمان البائع للمبيع قبل القبض أمر مسلّم، وقد تضافرت الروايات [1]

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع، الحديث ١، والباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ وغيرهما.

على مضمون القاعدة: «كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» لكن الكلام في سعة وضيق القاعدة الثانية أعني: كون تلف المبيع ممّن لا خيار له، فهل تختصّ بصورة اقباض المبيع فلا تجتمعان أبداً أو يعم فيقع التعارض في بعض الصور.

فعلى القول بسعة القاعدة لما قبل القبض فلا تعارض في الصور التالية إذا كان التلف قبل القبض.

١ـ إذا كان العقد لازماً من كلام الجانبين.

٢ـ إذا كان خيارياً من كلا الطرفين.

٣ـ إذا كان لازماً من جانب البائع وخيارياً من قبل المشتري.

لا موضوع للقاعدة الثانية في الصورتين الأوليتين، لعدم الاختلاف بين البائع والمشتري من حيث اللزوم والخيار، وأمّا الصورة الثالثة فنتيجة القاعدتين هو ضمان البائع، لكون التلف قبل القبض، وكون البائع ممّن لا خيار له، نعم يقع التعارض في صورة رابعة.

٤ـ إذا كان الخيار للبائع دون المشتري فعلى القاعدة الأُولى يكون الضمان على البائع، وعلى الثانية يكون الضمان على المشتري لكونه ممّن لا خيار له.

لكن الحق، قصور القاعدة الثانية عن الشمول لما قبل القبض، ومورد النصوص هو التلف بعد القبض، وقد عرفت أنّها وردت لتوسيع مفاد القاعدة الأُولى فلا معنى للمعارضة.

٤ـ هل الحكم مختصّ بتلف المبيع أو يعمّ تلف الثمن؟

إنّ لتلف الثمن صورتين:

الأولى: إذا تلف عند المشتري قبل تسليمه للبائع فلا شك أنّه من مال المشتري كما أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع من غير فرق بين كون العقد لازماً أو خيارياً مطلقاً، أو لازماً من جانب دون آخر، ففيما لم يقوما بواجبهما في تسليم المبيع أو الثمن فالتلف على عاتقهما.

الثانية: إذا تلف عند البائع بعد قبضه وكان العقد خيارياً من جانبه دون المشتري فهل يحسب الضمان على المشتري لأجل كون العقد من جانبه لازماً أو لا ؟ مقتضى ما ذكرنا من كون الضمان على خلاف القاعدة يقتصر على مورده وهو تلف المبيع و المثمن وأقصى ما يمكن أن يقال: هو اسراء الحكم إلى الحيوان إذا وقع ثمناً.

واختار الشيخ الأنصاري العموم بوجهين:

١ـ عمومية المناط وهو كون العقد خيارياً من جانب ولازماً من جانب آخر.

٢ـ استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض.

وكلا الوجهين غير تامّين لأنّ الأخذ بالمناط، إنّما يصحّ إذا كان قطعياً لاظنّياً كما في المقام خصوصاً أنّ الحكم في المبيع على خلاف القاعدة وخلاف السيرة المألوفة بين العقلاء، وأمّا الثاني فهو أشبه باسراء حكم من موضوع (ضمان

المشتري للثمن قبل اقباضه نظير ضمان البائع للمبيع قبل اقباضه) إلى موضوع آخر، (وهو ضمانه للثمن بعد اقباضه للبائع نظير ضمان البائع للمبيع بعد اقباضه للمشتري) فإنّ الضمان بعد الاقباض موضوع جديد لا يصحّ اسراء حكم ما قبل القبض إلى ما بعده، إلاّ إذا دلّ عليه دليل كما في مورد المبيع إذا كان حيواناً.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم نقل دليل القائل بعدم الضمان بأنّ الضمان (ضمان الثمن) من مال المالك (البائع) خرج منه ما قبل القبض. ثمّ أجاب عنه بقوله بأنّ الضمان قبل القبض وبعده ليس مخالفاً للقاعدة وذلك لأنّا نفترض انفساخ العقد ودخول العوض (الثمن) في ملك صاحبه الأصلي (المشتري) وتلفه من ماله، نعم يخالفه أصل عدم الانفساخ.

وهذا الكلام من الشيخ عجيب لأنّ هذه المحاولة (على فرض قبولها وسيوافيك تفصيلها وتفصيل غيرها) إنّما تصحّ إذا دل الدليل القطعي على ضمان المشتري، الثمن الذي دفعه إلى البائع وتلف تحت يده فلأجل تصحيح الضمان الثابت، يحمل الحكم على ما ذكر لا ما إذا لم يثبت فإنّ خروج الثمن عن ملك البائع ودخوله في ملك المشتري، وتلفه من ماله، ورجوع المبيع إلى ملك البائع كلّها على خلاف القواعد فلا تبرّرها المحاولة المذكورة. نعم إذا دلّ الدليل القطعي لا محيص عنها وعن أمثالها.

وعلى فرض عموم الحكم للثمن فلا فرق في الخيارات بين خيار الحيوان، وشرط الخيار برد الثمن، فيلتزم فيه بما يلتزم في غيره من الانفساخ ودخول الثمن في ملك المشتري وتوهّم لزوم العقد من أوّله، وحدوث الخيار برد مثل الثمن، مردود

بـأنّـه يكفي تـزلـزل البيـع ولـوبـالخيـار المنفصل ولا يتـوقّـف على وجـود الخيـار من البدء[1].

٥ـ هل الحكم مختصّ بالمبيع الشخصي أويعمّ الكلّي؟

الامعان في الروايات يعرب أنّ الضمان من خصائص كون المبيع حيواناً على الأقوى أو مـن خصائص كون البيـع قطعياً من ناحيـة البائع وخيـارياً من نـاحية المشتري على القول الآخر مـن غير فرق بين كون المبيع شخصياً أو كليّـاً، فلو دفع وخرج عن العهدة، وتلـف في زمان الخيار فالظاهـر وحدة الحكم في المبيع الجزئي والكلّـي لكـن بعد تسليمه المتحقّق بتسليـم الفرد، فعلى التصحيح الـذي اعتمد عليه الشيخ ينفسخ العقد ويدخل المقبـوض في ملك البائع ويتلف فيه، مثل ما إذا كان المبيع شخصياً، وعلى ذلك فيكـون الضمان في كلا الموردين بمعنى واحد، وهـذا ما نسمّيـه بالضمان المعـاملي في مقابـل الضمان الواقعي وهـو اشتغال ذمّـة الضامن بالمثل أو القيمة لا انفساخ العقد.

نعم إنّ الشيخ الأعظم وتبعه السيد الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ والمحقّق الخوئي خصّوا الحكم بالمبيع الشخصي واستدلّوا عليه بوجهين:

أ ــ أنّ الموضوع هـو تلف المبيـع الذي يستلـزم انفسـاخ العقد، وهـذا إنّما يتصوّر إذا كان المبيع شخصياً وأمّا الكلّـي فالفرد المقبوض إذا تلف فليس هو من مقولة تلف المبيع بـل من مصاديق تلف مصداق منه، والموضوع في الـروايات هو

١ـ وإلى هذا أشار الشيـخ بقوله: «نعم يبقى هنا أنّ هذا مقتض لكون تلـف الثمن في مدة خيار البيع الخياري من المشتري ... الـخ» ص ٣٠١ ط تبريز ، والعقد لازم من جـانب المشتري دون البائع ولذا يتوجّه إلى المشتري ضمان الثمن.

تلف المبيع. ولأجل ذلك يفارق ظهور العيب في الشخصي حكماً مع ظهوره في الفرد المقبوض بما أنّه مصداق للكلّي، ففي الأوّل يكون مخيّراً بين الفسخ والامضاء مع الارش أو لا معه، دون الثاني، بل على البائع أن يبدّله بفرد آخر و لا ينفسخ العقد[1].

يلاحظ عليه: أنّها دقّة عقلية لا يلتفت إليها العرف، فإنّ المبيع الكلّي إذا انطبق على الفرد يصدق عليه أنّه المبيع فتشمله الروايات، كقوله ـ عليه السلام ـ: «لا ضمان على المبتاع حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع له» وتصوّر أنّ في الصدق تأوّلاً وتجوّزاً وإن كان صحيحاً لكنّه لا يلتفت إليه إلاّ الفقيه الدقيق لا العرف المخاطب بالروايات، والذي يؤيّد ذلك أنّ العناوين مرايا إلى الخارج، وليس ابتياع الكلّي إلاّ لغاية تجسيده بدفع الفرد منه.

٢ـ ما ذكره الشيخ بقوله:

ألف: «أنّ مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له ـ على ما فهمه غير واحد ـ بقاؤه على ما كان عليه قبل القبض».

ب: ودخول الفرد [2] في ملك المشتري لا يستلزم الانفساخ بل معنى الضمان بالنسبة إلى الفرد صيرورة الكلّي كغير المقبوض، وهذا ممّا لا تدلّ عليه الأخبار المتقدّمة[3].

وكلامه هذا مركّب من فقرتين وكلاهما في غاية الاجمال.

١ـ مصباح الفقاهة: ٧/ ٥٣٠، البيع قسم الخيارات: ٥/ ٣١٨.

٢ـ المراد من الفرد هو الثمن، وقد بحث الشيخ عن مسألة شمول الحكم للكلّي في ضمن عمومية الحكم للثمن ثمّ انتهى إلى البحث عن اختصاص الضمان بالجزئي من الثمن أو يعمّه والكلّي منه.

٣ـ الخيارات: ٣٠١.

أمّا الأُولى فهي تشير إلى:

أنّ الحكم بـالضمان في مدّة الخيـار، استمرار للضمان الموجـود قبل القبض، والحكم بالضمان قبل القبض وإن كان رائجـاً بين العقلاء لكن الشرع أضاف إليه الضمان بعـده تحت شروط، وعليـه ففـرض كـون البـائع ضـامنـاً بعـد القبـض أيضـاً في مـورد، فـرع كـونـه ضـامنـاً أيضـاً قبـل القبـض عنـد التلف في ذلـك المورد بحكـم أنّـه استمـرار لـذلك الضمان، فلـو افترضنـا في مـورد عـدم ضمان البـائع قبل القبض، لا يحكـم عليه بـالضمان بعد القبـض أيضاً أخـذاً بحـديث الاستمرار.

أمّا الفقرة الثانية: فهي نوع استنتاج من الفقرة الأُولى توضيحه.

فإذا كـان الضمان أيّـام الخيـار استمـراراً للضمان قبـل القبض فـانطبـاق القاعدة على مورد، فرع انطباق القاعدة الأُولى عليه ولا يكون كذلك إلاّ إذا كان المبيع أو الثمـن شخصيين مثـلاً: إذا كـان المبيع كلّيـاً، فليـس هنـاك ضمان قبل القبض بالنسبـة إلى الفرد لأنّ المفروض أنّ المبيع هو الكلّـي لا ذاك التـالف. وأمّا بعـده فهو وإن كـان متصـوّراً، لكن معنى الضمان عنـدئذ ـ إذا كـان المبيع كلّيـاً وتلـف الفـرد المقبـوض ـ هـو صيرورة الكلّي كغير المقبـوض، وهـو غير الضمان المستفاد من الأخبار السابقة التي كانـت مآلها إلى انفساخ العقد، ودخول التالف في ملك النـاقل، وأين هذا مـن صحّة العقد عنـد تلف الفـرد من الكلّـي، غـاية الأمـر صيرورة الكلّـي كغير المقبـوض، ولا يصـحّ حمل الـروايـات على معنيين مختلفين.

يلاحظ عليه: أنّ الضمان في أيّام الخيـار وإن كان استمراراً للضمان الثابت

قبل القبض لكنّه ليس بمعنى وجود الملازمة بينهما وأنّه إذا لم يكن للقضية الأُولى موضوع في مورد التلف قبل القبض، يجب أن لا تصدق عليه القضية الثانية ـ إذا كان لها موضوع ـ بحجّة أنّ الضمان الثاني استمراراً للأُولى بل الاستمرار أعمّ من أن يكون بينهما ملازمة أو لا ، وعلى ضوء ذلك فعدم صدق الضمان في مورد تلف الفرد قبل القبض عند كون المبيع كلّياً، لا يكون دليلاً على عدم جواز انطباق القضية الثانية في ذلك المورد بشرط كون التلف بعد القبض.

وما ذكره من أنّ الضمان في مورد بيع الكلي هو فرض المقبوض كغير المقبوض، وأين هو الضمان في مورد كون المبيع جزئياً، غير تام بل الضمان في كلا الموردين بمعنى واحد، وهو انفساخ العقد ودخول المبيع الجزئي في ملك البائع، كدخول الفرد المقبوض من المبيع الكلي في ملكه، ورجوع الثمن إلى المشتري فتكون الأخبار الماضية محمولة على الضمان بمعنى واحد.

٦ـ ما هو معنى الضمان في القاعدة:

إنّ في تفسير القاعدة والروايات الواردة حولها وجوه واحتمالات ذكرها الشيخ والسيد الطباطبائي في تعليقته:

١ـ الانفساخ قبل التلف آناً ما أو تقدير ذلك، حتى يدخل التالف في ملك الناقل ويكون التلف من مكله، وعندئذ يرجع الثمن إلى المشتري وهذا هو خيرة الشيخ وجماعة وتؤيّده بعض عبارات الشهيد في الدروس، وعليه يكون الضمان معاملياً، فالبائع ضامن للعين بعد القبض إلى انتهاء الخيار في مقابل الثمن الذي أخذه، فلو تلف قبل الانتهاء لا يكون ملزماً إلاّ بدفع الثمن.

٢ـ البطلان مع التلف وفرض المعاملة كأن لم تكن ولازم ذلك رجوع الموجود

(الثمن) من العوضين إلى مالكه وأمّا المثمن فلأجل كونه تالفاً حين البطلان، لا يحكم عليه بالرجوع إلى مالكه، غاية الأمر المشتري لا يكون ضامناً. وهذا وإن لم يذكره الشيخ، ولكنه أظهر عند العرف من الأوّل. وفي هذا الفرض يكون الضمان معاملياً أيضاً من دون حاجة إلى الحكم بدخول المبيع في ملك البائع.

٣ـ بقاء العقد مطلقاً، وأمّا الخيار: ففيه التفصيل فلو كان متعلّقاً بالعين يسقط الخيار ويتعيّن الرجوع إلى المثل أو القيمة بمقتضى بقاء العقد وكون الضمان عليه، ولو كان الخيار متعلّقاً بالعقد، يتخيّر بين الفسخ واسترجاع الثمن، والامضاء والرجوع إلى المثل أو القيمة، وهذا أكثر انطباقاً على القواعد، وهذا ما يسمّى بالضمان الواقعي مثل الضمان بالاتلاف أو اليد.

٤ـ تلك الصورة (لو كان الخيار متعلّقاً بالعقد) لكن إذا فسخ يسترجع الثمن، وأمّا إذا لم يفسخ، يحتمل أُمور:

ألف: عدم الرجوع بشيء.

ب: الرجوع بالثمن معيناً.

ج: الرجوع بالمثل أو القيمة أو الثمن مخيّراً.

ولا يخفى بطلان الاحتمالات الثلاثة الأخيرة، لأنّ عدم الرجوع بشيء عند عدم الفسخ مناف لاطلاق الروايات من كون الضمان على البائع، كما أنّ توهّم الرجوع إلى الثمن عند عدم الفسخ معيّناً، أو بالمثل أو القيمة أو الثمن مخيّراً واهٍ جداً فبقيت الاحتمالات الثلاثة الأُول ولابد في استظهار واحد منها من التماس دليل.

وأمّا الاحتمال الأوّل فربّما يستظهر من لسان الروايات وغيرها وإليك البيان:

١ـ قوله: «فهو من مال البائع» وقد ورد ذلك التعبير في صحيحة ابن سنان[١] ورواية علي بن رباط[٢] ومعناه أنّ التالف يعدّ مالاً له ويتلف، بما أنّه مال من أمواله، وهذا يلازم الانفساخ وإلاّ فلا يصير مال المشتري مالاً للبائع.

وعلى ذلك: فالجملة بيان لما ورد في صدر صحيحة ابن سنان حيث قال للإمام: على من ضمان ذلك؟! فأجاب الإمام في ذيل الرواية: بأنّه من مال البائع أي ينفسخ العقد ويحسب التلف من ماله ويكون العقد كأن لم يكن، ويردّ الثمن ويكون الضمان معاملياً لا واقعياً.

٢ـ ورود نفس ذاك التعبير في النبوي المعروف[٣] المفتى به عند الأصحاب أعني: «كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» وقد فهموا منه الانفساخ.

يلاحظ على الأوّل: أنّه كناية عن كون الخسارة على البائع، وأمّا كيفية كون التلف من ماله بافتراض دخوله في ملك البائع وتلفه في ملكه فليس الإمام بصدد بيانه بل هو موكول إلى العرف، وما أُفيد من ظهور الحديث في أنّ التالف يصير ملكاً له حال تلفه وهذا لا يمكن إلاّ بالانفساخ وصيرورته ملكاً للبائع آناً ما حقيقة أو تقديراً، دقّة عقلية وهذه التعابير، عبارات عرفية لا تتحمّل هذه التدقيقات.

وعلى الثاني أنّ وحدة التعبير في المقام، وفي التلف قبل القبض يعرب عن

١ـ الوسائل: ج١٢ الباب ٨، من أبواب الخيار، الحديث ٢. والباب ٥، الحديث ٢.
٢ـ المصدر نفسه: الباب ٥، من أبواب الخيار، الحديث ٥.
٣ـ المستدرك: ج١٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

وحدة المراد وهو أنّ الضمان على البائع والخسارة عليه، وأمّا تصوير كيفية الضمان عليه، من أنّه بانفساخ العقد ودخول التالف قبل التلف في ملك البائع وتلفه في ملكه، فممّا لا يدل عليه النبوي في مورده فكيف في المقام.

والأولى أن يقال أنّ الصحيحة والنبوي، منصرفان عن بيان كيفية الضمان على البائع. وفرض الملك تحقيقاً أو تقديراً آناً ما، بعيد عن الأذهان العرفية وإنّما ساق الفقهاء إلى هذه الفكرة، تطبيق النصوص على القواعد.

ولعلّ الوجه الثاني وهو بطلان المعاملة بالتلف وفرضه كأن لم يكن أظهر من الأوّل وعندئذ يسترجع المشتري الثمن، بحكم بطلانها، وأمّا البائع فيرجع صفر اليد لعدم وجود المبيع، والنتيجة واحدة.

نعم إنّ الوجه الثالث أكثر انطباقاً على الأُصول والقواعد، إذ لا وجه للانفساخ، أو البطلان قبل التلف أو حينه أو بعده، غاية الأمر دلّت النصوص على أنّ الخسارة ترد على البائع، ولم يدل دليل على بطلان العقد فهو بعد باق بحاله، وأمّا الخيار فإن كان متعلقاً بالعين الشخصية، يسقط الخيار ويبقى العقد بحاله، فيرجع إلى البائع بالمثل أو القيمة بمقتضى كون الضمان عليه، كسائر الموارد التي يكون الضمان على أحد المتعاقدين وإن لم يكن متعلّقاً بها بل متعلّقاً بالعقد ، فله أن يفسخ ويرجع إلى الثمن أو يمضي ويرجع على البائع بالمثل أو القيمة.

والحاصل أنّ الاحتمال الأوّل بعيد، والثاني قريب إلى الأذهان العرفية والثالث أوفق بالقواعد والفتاوى، والنتيجة على القولين الأوّلين واحدة بخلاف الثالث، فإنّ العقد ـ عليه ـ باق والخيار ساقط تارة وغير ساقط أُخرى كما عرفت.

٧ـ ضامن للعين والوصف:

إنّ صريح صحيحة ابن سنان أنّ الضمان لا يختصّ بالتلف بل يعمّ كل ما حدث في المبيع من تلف جزء أو حدوث حدث يذهب بوصفه حيث قال «أو يحدث حدث» لكنّه لا يؤثّر إلاّ في كون ضمانه على البائع فيرجع إليه بالارش إذا أمضى ولم يفسخ بالخيار السابق على زوال وصف الصحّة، ولا يحدث خياراً آخر، وراء ما كان يملكه من بدء العقد، لاختصاص النص بالضمان لا غير، وتظهر الثمرة أنّه لو سقط خياره السابق بعد حدوث حدث، فلا يصحّ الردّ بطروء العيب، لعدم كونه بمنزلة العيب الموجود حال العقد.

٨ـ الحكم يختصّ بالتلف ولا يعمّ الاتلاف:

إنّ مورد النصوص هو التلف، لا الاتلاف سواء كان المتلف صاحب الخيار أو المتعاقد الآخر أو الأجنبي فلابد فيه من الرجوع إلى القواعد.

نعم ألحق الشيخ بالاتلاف حكم الشارع بالاتلاف كما إذا صار العبد مُقْعداً أو أعمى أو نكله المشتري حيث ينعتق بحكم الشارع. لكن النصوص منصرفة عنه.

كما أنّ المتيقّن هو موت الحيوان بسبب خاص به وأمّا إذا مات بطارئ عام مثل السيول والزلازل، بحيث تكون نسبتها إلى المتبايعين سواسية ومثله ما إذا مات بشيوع العاهات بين الدواب فتضمين البائع في هذه الصور مشكل جداً.

وأمّا حكم الاتلاف فلو أتلفه المشتري أو أحدث فيه حدثاً سقط خياره، لأنّ التصرّف آية رضاءه بالبيع.

ولو أتلفه البائع لا يبطل خيار المشتري فلو لم يفسخ يرجع إلى البائع بالمثل أو القيمة، وإن فسخ يرجع إليه بالثمن، ولو أتلفه الأجنبي يتخيّر المشتري بين الامضاء والفسخ، فلو أمضى يرجع إلى المتلف بالمثل أو القيمة بحكم أنّه أتلف ماله، ومن أتلف مال الغير فهو ضامن، وإن فسخ فلا شك أنّ المشتري يرجع إلى البائع بالثمن إنّما الكلام فيمن يرجع إليه البائع فقد ذكر الشيخ هنا احتمالات ثلاثة:

١ـ يرجع الى المتلف.

٢ـ يرجع إلى المشتري.

٣ـ يتخيّر في الرجوع بينهما.

وهذه الاحتمالات الثلاثة من فروع ما إذا فسخ المشتري وأخذ الثمن من البائع لا ما إذا أمضى، وعندئذ يقع الكلام في تعيين من يرجع إليه البائع.

ألف: رجوع البائع إلى المتلف:

استدلّ الشيخ على ذلك بوجهين:

١ـ انّ البدل القائم مقام العين في ذمّة المتلف فيستردّه بالفسخ.

٢ـ انّ الفسخ موجب لاعتبار كون العين ملكاً للبائع عند التلف أو الفسخ وهي في عهدة المتلف فتكون كما لو كانت موجودة عنده، فلابدّ من الرجوع إليه.

والفرق بين الـوجهين كون ذمّة المتلف مشغـولة بالبـدل من أوّل الأمر، على الوجه الأوّل، وبالعين إلى زمن الانتقال إلى البدل على الوجه الثاني.

وقد ذكر الشيخ الـوجه الثاني بالعبارة التالية: «ولأنّ الفسخ مـوجب لرجوع العين قبل تلفهـا في ملك المفسوخ عليـه [1] أو لاعتبارهـا عند الفسخ ملكاً تـالفاً للمفسوخ عليه [2] بناء على الـوجهين في اعتبار يـوم التلف أو يـوم الفسخ، وعلى التقديرين فهي في ضمان المتلف كما لو كانت العين في يد الأجنبي.

ثمّ إنّ الشيـخ ردّ على الوجهين عنـد بيان الاحتمال الثـاني وهـو الرجـوع إلى المشتري ونحن نذكره هنا بتوضيح:

أمّا الوجه الأوّل فأورد عليـه ما هذا توضيحه: أنّ ما ذكره انّما يتـم لو كان ما في ذمّة المتلف ـ عند الفسخ ـ بـدلاً عن العين الخارجية من جميع الجهات، قائمة مكانها في تمام الحيثيّـات، فكما أنّه لو كانـت العين موجودة عنـد الأجنبي وأتلفها يرجـع إليه، فهكـذا إذا كانت ذمّتـه مشغولـة بها بـالتلف فهـو مثل العين في جميع الآثار حتى رجوع البائع المالك.

ولكنّـه ليس كـذلك وإنّما البـدلية إنّما هـي بالنسبـة إلى التلف مـن حيث وجوب دفعه إلى المالك وأنّ ذمّة المتلف غير فارغة عن ذلك لا أنّه يترتّب عليه جميع الآثار المترتّبة على العين.

---

١ و ٢ـ إنّ مـورد البحث في كلام الشيـخ هو تلف المبيع لا الثمن وعلى ذلـك فالفاسـخ هو المشتري والمفسوخ عليه هو البائع، وعند التلف أو عند الفسخ يدخل المبيع في ملك المفسوخ عليه، أعني: البائع وعلى ذلـك فالصحيح في كـلا الموردين هو المفسـوخ عليه لكن نسخ «المتـاجر» جـاء فيها «الفاسخ» مكان المفسـوخ عليه، وقد نبّه بذلك الأعلام في تعـاليقهم، لاحظ تعليقة السيّد: ١٧١ والشهيدي/٥٩٧ ومصباح الفقاهة: ٧/ ٥٣٦.

وبعبارة أُخرى: المقصود أنّه إذا تلف لا يُخلّى وسبيله بل يؤخذ بدفع الغرامة عوضاً عمّا أتلف وأمّا أنّ ما في ذمّته كالعين من جميع الجهات فلا.

وقد ذكره الشيخ بالعبارة التالية: «وكونه بدلاً عن العين إنّما هو بالنسبة إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك كالعين لو وجدت لا أنّه بدل خارجيّ يترتّب عليه جميع أحكام العين حتى بالنسبة إلى غير التلف وهذا البدل نظير بدل العين لو باعها المشتري ففسخ البائع فإنّه لا يتعيّن للدفع إلى الفاسخ»[1].

وعلى ذلك فيرجع البائع إلى المشتري، فالمشتري يرجع إلى الأجنبي.

وأمّا الوجه الثاني فقد أورد عليه: بأنّه وإن كان موجباً لاعتبار كون العين ملك «البائع» لكن موصوفةً بوصف هو اشتغال ذمّة متلفها ببدلها للمشتري، فتكون ذمّة الأجنبي مشغولة للمشتري لا للبائع.

وإلى هذا أشار إليه (عند بيان الوجه الثاني أي الرجوع إلى المشتري) بقوله: أمّا الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها مضمونة لمالكها على متلفها بالقيمة، في ملك المفسوخ عليه، فيكون تلفها بهذا الوصف مضموناً على المالك[2] لا المتلف.

وبعبارة أُخرى: عادت العين إلى المالك السابق بوصفين:

ألف: عادت إلى البائع بوصف كونها مضمونة ضماناً معاوضياً على المشتري في مقابل البائع بحيث إذا فسخ يجب أن يرد عليه الثمن.

١ـ المتاجر: ٣٠٢.

٢ـ الظاهر أنّه أراد منه من له الخيار وهو المشتري المالك حين الفسخ والحقّ انّ عبارات الشيخ في المقام ألغاز، فلاحظ.

ب: عادت إلى البائع بوصف كونها مضموناً على الأجنبي ضماناً غرامياً واقعياً بالنسبة إلى المالك حين الفسخ وهو المشتري، وعليه فلا يرجع البائع إليه بل يرجع إليه المشتري.

إلى هنا تمّ بيان الوجه الأوّل وهو رجوع البائع إلى المتلف، كما ظهر ضعف الوجهين اللذين استدل بهما القائل على مدّعاه وحان بيان الوجه الثاني أي الرجوع إلى المشتري و إليك البيان.

ب: رجوع البائع إلى المشتري:

هذا هو الوجه الثاني وهو خيرة الشيخ والسيّد الطباطبائي وغيرهما ويظهر وجه رجوعه إلى المشتري عن البيان السابق في الرد على الوجه الأوّل، وهو أنّ العين ترجع بالفسخ إلى البائع بوصفين:

١ـ ترجع العين إلى المفسوخ عليه بوصف كونها مضمونة على الفاسخ ضمان معاوضة.

٢ـ ترجع العين إلى المفسوخ عليه حال كونها مضمونة على المتلف ضمان غرامة للمشتري، فعندئذ لا محيص عن رجوع البائع إلى المشتري الذي ضمن له ضمان المعاوضة حين العقد، وعلى ذلك فعلى الفاسخ دفع القيمة حين الفسخ للبائع،وعلى المتلف دفع القيمة حين التلف أو حين الغصب أو أعلى القيم للفاسخ. هذا هو الوجه الذي ذكرناه سابقاً.

ونقول توضيحاً لعبارة الشيخ: «أنّ المثمن تلف في ملك المشتري، وقد دخل في ملكه بدله (ما في ذمة المتلف) قبل الفسخ، فإذا فسخ العقد يدخل

الثمن في ملك المشتري، ولأجل عدم جواز الجمع بين الثمن وبدله، يخرج بدله عن ملكه ويدخل في ملك ناقله أي البائع، لأنّه مقتضى الفسخ، ولكنّه يستقر في ذمّة المشتري لا في ذمّة المتلف.

أمّا استقراره في الذمّة لأنّه محل استقرار التالف، وأمّا استقراره في ذمّة المشتري لأنّ ما في ذمّة الأجنبي إنّما يتشخّص عند الاتلاف مالاً للمشتري، ومع تشخّصه لا يمكن أن يكون مالاً للناقل أي البائع.

ثمّ إنّ الشيخ ذكر هذا الوجه بقوله: «إذا دخل الثمن في ملك من (المشتري) تلف المثمن في ملكه، خرج عن ملكه بدل الثمن (المبيع) وصار (للناقل) مستقرّاً في ذمّة (المشتري) (أمّا الذمّة) فلأنّ ضمان المتلَف (بالفتح) (بالفسخ) محلّه الذمّة لا الأُمور الخارجية ،و(أمّا كونه في ذمّة المشتري لا الأجنبي) فلأنّه ما في ذمة المتلِف (بالكسر) إنّما تشخّص ملكاً للمالك (المشتري) فلا يكون الشيء الواحد ملكاً لشخصين».

ج: التخيير بين الرجوع إلى المشتري والمتلف:

هذا هو الوجه الثالث الذي وصفه الشيخ بأنّه أضعف الوجوه، وجه التخيير أنّ العين تلفت وهي في ضمان المشتري ضماناً معاوضياً، والمفروض أنّ المتلِف ضامن ضمان غرامة فالمقام يكون أشبه بتعاقب الأيدي، أو أشبه باجتماع اليد والاتلاف، فالمشتري ضامن من جهة اليد، والمتلف ضامن لأجل الاتلاف، فللمالك الرجوع بأيّهما شاء.

والأقوى هو الوجه الثاني ثمّ الثالث وإن وصفه الشيخ بأنّه أضعف الوجوه

ولعل الأوّل أضعف. وعلى كلّ تقدير فقد أشار الشيـخ إلى هذا الوجه بقوله: ومن كون يد الفاسخ [1] عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسـخ، وبالقيمة بعده، واتلاف الأجنبي أيضاً سبب للضمان فيتخيّر في الرجوع.

١ـ في نسخ المتاجر «المفسوخ عليه» والصحيح «الفاسخ» عكس ما سبق.

الخامس: حكم التسليم في زمن الخيار

قال العلاّمة في التذكرة لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار ولو تبرع أحدهما بالتسليم، لم يبطل خياره، ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع قضية للخيار ثمّ نقل عن بعض الشافعية: أنّه ليس له استرداده، وله أخذ ما عند صاحبه بلا رضاه، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع .

إنّ ما ذكره من أحكام الخيار حكم انفرد به العلاّمة وهو مخالف لعموم سلطنة الناس على أموالهم، بل يجب على كلّ واحد تسليم ما لديه عند الطلب، وكون العين متعلقة للخيار، لا يمنع عن التسليم لما عرفت وستعرف أنّ الخيار يتعلّق بالعقد دون العين، وعلى فرض تعلّقه بالعين، لا يكون سبباً لمنع التسليم بل يجب الجمع بين الحقّين: التسليم من جانب ذي الخيار، وحرمة تصرّف الآخر تصرّفاً منافياً للخيار، نعم لو شرط عدم التسليم إلاّ بانقضاء الخيار فله المنع.

السادس: عدم بطلانه بتلف العين

وقبل الخوض في المقصود لابدّ من تحرير محلّ النزاع.

لا شكّ في سقوط الخيار في موارد:

١ـ إذا كان مشروطاً بوجود العين وردّها، فيسقط الخيار، فليس للمشتري الخيار، إذا امتنع الردّ الخارجي.

٢ـ إذا دلّ الدليل الشرعي على سقوطه مع تلف العين أو حدوث حدث فيها، كما هو في خيار العيب لما مرّ من مرسلة جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب» [1].

٣ـ إذا كان التلف موجباً للانفساخ كما هو الحال في التلف قبل القبض أو في التلف في زمان الخيار كما مرّ.

٤ـ التلف في زمان خيار التأخير، فإنّه يوجب الانفساخ فلا يبقى موضوع

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

للخيار.

فإذا أخرجنا هذه الصور عن محط البحث يقع النزاع في بقاء الخيار مع تلف العين وعدمه، فقد اختار الشيخ الأنصاري قولين مختلفين، ففي صدر المسألة حكم ببقاء الخيار، قائلاً بأنّ الخيار عبارة عن ملك فسخ العقد ومعلوم أنّ العقد بعد التلف قابل للفسخ، ولذا تجوز الاقالة حينئذ اتّفاقاً، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف ولا مقيّد له بصورة البقاء.

ثمّ أخرج صورتين عن تحت هذه القاعدة:

١ـ إذا علم من الخارج أنّ تشريع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين، فينتفي هذا الضرر بتلف العين كما في العيب، فإنّ تخيّره بين الردّ والارش لأجل أنّ الصبر على العيب ضرر، ولو مع أخذ الارش، فتداركه الشارع بملك الفسخ والرد، فإذا تلفت انتفت حكمة الخيار وتعين الارش.

٢ـ إذا كان دليل الخيار معنوناً بجواز الردّ لا بالخيار، اختصّ ثبوت الخيار بصورة تحقّق الردّ المتوقّف على بقاء العين [1].

ثمّ إنّ الشيخ ذكر في آخر المبحث وجهاً آخر، وهو أنّ الأصل عدم ثبوت الخيار عند التلف، إلاّ في موضع دلّ عليه الدليل، وذلك لأنّه لم تدل أدلّة الخيار من الأخبار والاجماع إلاّ على التسلّط على الردّ أو الاسترداد وليس فيها التعرّض للفسخ المتحقّق مع التلف أيضاً.

وكون الخيار بمعنى ملك الفسخ لم يثبت كونه كذلك في الروايات.

١ـ لاحظ: الوسائل ج١٢، الباب ٥ من أحكام العيوب، فإنّ أكثر الروايات تشتمل على كلمة الردّ وهي واردة في الجارية الحبلى التي لم يعلم المشتري بحبلها.

يلاحظ على ما ذكره أخيراً: أنّه ليس للخيار حقيقة شرعية أو متشرعية، بل هو بمعناه العرفي عند العرف والشرع، والظاهر من الخيار هو الاختيار بين ايجاب العقد وردّه، ولأجل ذلك نرى أنّ الخيار استعمل في مقابل وجوب البيع في روايات:

١ــ صحيحة الحلبي بسنده عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: «أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا فإذا افترقا وجب البيع»[1].

٢ـ خبر غياث بن إبراهيم بسنده عن علي ـ عليه السلام ـ قال: إذا صفق الرجل على البيع، فقد وجب وإن لم يفترقا[2].

٣ـ رواية قرب الاسناد عن علي بن رئاب قال: سألت أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار؟ قال: ... فإذا مضت ثلاثة أيام، فقد وجب الشراء[3].

٤ـ رواية الصفّار، قال: كتبت إلى أبي محمد ـ عليه السلام ـ في الرجل اشترى من رجل دابّة، فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله أن يردّها في الثلاثة أيام ...؟ فوقّع ـ عليه السلام ـ: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء[4].

وهذه الروايات و نظائرها تؤيّد النظرية الأُولى، وهو أنّ متعلّق الخيار ومقابلة ايجاب البيع شيء واحد، وهو العقد، غير أنّ الخيار فك العقد، وايجابه هو دعم العقد وتوطيده.

---

١ و ٢ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤ و٧.

٣ـ المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

٤ـ المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

وبذلك تقف على صحّة الضابطة المعروفة بين الفقهاء من أنّ كل خيار كان متعلّقاً بالعقد فهو لا يبطل بتلف العين إلاّ أن يكون الخيار متمثّلاً في مفهوم ردّ العين أو تراد العينين، كما هو الحال في المعاطاة على القول بعدم اللزوم، وأمّا تعيين المصاديق فهو يحتاج إلى الدقّة في كلّ خيار على حدة.

وأمّا ما ورد من الروايات في الأمة المشتراة، وهي حبلى فهل الردّ هناك، كناية عن خيار الفسخ أو كناية عن الردّ الخارجي المعرب عن كون الردّ قائماً بالعين؟ الظاهر هو الثاني، وإن كان المختار لسيدنا الأُستاذ هو الأوّل.

مسألة: في ضمان العين بعد الفسخ:

إذا فسخ المشتري البيع ، فهل يضمن ما في يده إلى أن يردّه على البائع كما عليه الشيخ الأعظم مدّعياً عليه عدم الخلاف أو لا؟ وقد استدلّ للضمان بوجوه:

١ـ الاستصحاب، لأنّ البائع لم يسلّم العين إلاّ في مقابل العوض والأصل بقاؤه.

يلاحظ عليه: أنّ الضمان السابق كان ضماناً معاوضياً والمقصود اثبات الضمان الغرامي، والضمان الواقعي.

٢ـ عدم ثبوت كونها أمانة مالكيّة ولا شرعية، وإذن الشارع في الفسخ لا يستلزم رفع الضمان.

يلاحظ عليه: أنّه مثبت وأنّه من قبيل اثبات أحد الضدّين بنفي الضدّ الآخر ، ونفي كونها أمانة على الاطلاق لا يثبت كونها مضمونة.

٣ـ الأخذ بطبع المعاملة وهو الضمان وإن شئت قلت: الأخذ بعموم على

اليد، الشاملـة لليد العادية وغيرها خـرجت منه اليد الممحضة في الأمـانية وانتفاء المستثنى معلوم بالوجدان، وعلى ذلك فـلا اشكال في المسألة، وعليه فيجب عليه الرد تكليفاً ويضمن لو تلف، إلاّ في صورتين:

ألف: إذا أعلمه بالفسخ وأذن في الابقاء.

ب: إذا أعلمه ولم يأذن في الابقـاء وتلف في سبيل الرد لكونـه في عمله هذا محسناً، و«ما على المحسنين من سبيل».

ومنه يظهر حكـم عكس المسألة وهو إذا فسخ البـائع وهي في يد المشتري فيحكم بالضمان لعموم «على اليد» إلاّ إذا أذن في الابقاء أو تلفت في سبيل الردّ.

الفصل الثالث عشر

أحكام النقد والنسيئة

- إطلاق العقد يقتضي النقد.
- هل التصريح بالتعجيل تأكيد أو تأسيس؟
- البيع بثمن حالاًّ وبأزيد مؤجّلاً.
- إذا كان الثمن هو الأقل والزيادة شرطاً.
- في حكم الثمن المؤجّل.
- فيما إذا كان الثمن حالاًّ أو صار حالاًّ.
- في تأجيل الثمن الحال بأزيد منه.
- في بيع المبتاع بالثمن المؤجّل من البائع.
- فيما إذا اشترط الشراء في البيع.

أحكام النقد والنسيئة

ينقسم البيع باعتبار التأخير والتقديم في أحد العوضين إلى أربعة أقسام:

١ـ بيع الحاضر بالحاضر.

٢ـ بيع المؤجّل بالمؤجّل.

٣ـ بيع الحاضر بالثمن المؤجّل وهي النسيئة.

٤ـ بيع المؤجّل بالحاضر وهو السلم.

والقسم الثاني باطل لقول رسول الله ﷺ: «لا يباع الدين بالدين»[1]، وسيوافيك شموله لبيع الكالي بالكالي.

المسألة الأُولى: إطلاق العقد يقتضي النقد:

المعروف: أنّ إطلاق العقد يقتضي النقد، واستدلّ عليه بما في التذكرة: أنّ قضية العقد انتقال كلّ من العوضين إلى الآخر فيجب الخروج عن العهدة متى طولب صاحبها.

ويلاحظ على ذلك:

١ـ الوسائل: ج ١٣، الباب ٨ من أبواب السلف، الحديث ٢.

١ـ أنّ الصحيح: إنّ مقتضى اطلاق الثمن وعدم تقيّده بالأجل، يقتضي ذلك، فالتعبير المذكور من قبيل الوصف بحال المتعلّق.

٢ــ إنّ مقتضى العقد هو التبادل بين المالين من غير فرق بين النقد والنسيئة، وأمّا لزوم الأداء عند المطالبة فيمكن أن يكون لأجل الوجوه التالية:

ألف ـ إنّه مقتضى تسلّط الناس على أموالهم والامتناع عن التسليم ينافي السلطنة.

ب ـ إنّ التبادل على وجه الاطلاق موضوع لحكم الشرع والعقل بوجوب التسليم.

ج ـ إنّ طبع المبادلة يقتضي النقد لأنّ الأصل في البيع هو المعاطاة وهي قائمة بالتعاطي الفعلي والبيع بالعقد متفرّع عليه، وتأخير أحد العوضين، على خلاف الطبع لا يصح إلاّ بالتصريح وهذا ما يعبّر عنه بالانصراف.

وأمّا رواية عمّار عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمىٰ ثمّ افترقا، فقال: وجب البيع والثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد [١] فقابلة للحمل على أحد هذه الوجوه.

المسألة الثانية: هل التصريح بالتعجيل تأكيد أو تأسيس:

إذا صرّح بالتعجيل فهل يفيد نفس ما يفيده الاطلاق فيكون مؤكّداً أو يفيد شيئاً جديداً؟ قولان: مؤكّد لما يفيده الاطلاق، فمعناه التأكيد على التسليم عند المطالبة كما كان هو مفاد الاطلاق أيضاً. ومؤسّس، وهذا يحتمل وجوهاً ثلاثة:

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

١ـ ما ذكره صاحب الجواهر: أن يعجّل بدفعه من دون مطالبة فيغاير مفاده مفادالاطلاق.

وأورد عليه الشيخ بوجهين:

ألف: أنّه خلاف المتفاهم من ذلك الشرط الذي هو محطّ نظر المشهور.

ب: أنّ مرجع عدم المطالبة في زمان استحقاقها إلى الغاء هذا الحق في هذا المقدار من الزمان وبعبارة أُخرى أنّ هذا الشرط لغو لأنّه إمّا أن يطالب أو لا، فعلى الأوّل: يجب التسليم ولو لم يشترط لكفاية الاطلاق في وجوب التسليم عند المطالبة وإن لم يشترط، وعلى الثاني: يكون مفاده إلغاء هذا الحق.

يلاحظ على الأوّل: أنّه نفس المتفاهم العرفي فربّ تاجر شاغل يغفل عن المطالبة أو يرى نفسه فوق ذلك فيشترط تعجيل التسليم على وجه الاطلاق.

وعلى الثاني: منع كون مرجع الاشتراط إلى إلغاء الحق، بل مرجعه التأكيد على التسليم مطلقاً طالب أم لم يطالب.

٢ـ ما اختاره الشهيد في دروسه من ترتّب ثبوت خيار الشرط على اشتراطه عند التخلّف في خصوص ما إذا عيّن زمان النقد والتعجيل.

٣ـ ما قوّاه الشهيد الثاني من ترتّب ثبوت خيار الشرط على اشتراطه مطلقاً عيّن زمان النقد أو لا.

وعلى كلا القولين يثبت الخيار إذا كان هناك شرط.

ولعلّ التأسيس أظهر في نظر العرف، فلو لم يقم بدفع الثمن على الوجه المحدّد لا يعد محقّاً في طلب المبيع كما هو الحال في اشتراء السهام من الشركات.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر أورد على ما قواه الشهيد الثاني من ثبوت الخيار مطلقاً عيّن زمان النقد أو لا بوجهين:

١ـ أنّه مستلزم للجهالة إذا تعدّد افراد التعجيل.

٢ـ لابدّ من تقييد الخيار بعدم الامكان وإلاّ أُجبر على الوفاء به.

وأجاب الشيخ عن الأوّل: بأنّ التعجيل المطلق ينصرف إلى أوّل أوقات الامكان عرفاً، وهو يختلف حسب اختلاف المعاملات كمّية وكيفية، والعادات الحاكمة على ظروف العقود.

وعن الثاني: أنّ ثبوت الخيار مطلقاً أو بعد اجباره، مسألة أُخرى، لا صلة لها بخصوص هذه المسألة بل هي مسألة تعم جميع موارد الخيار.

على أنّه لا يجري في مثل هذا الشرط لا قبل انقضاء زمان نقد الثمن ولا بعده، أمّا قبل انقضاء زمان نقدالثمن فلأنّه لا يجوز الاجبار ، وأمّا بعده فلأنّه غير الزمان المشروط فيه الأداء، فالأجبار على الأداء ليس اجباراً على الوفاء بالشرط، فلأجل ذلك لا يتصوّر الاجبار.

مسألة: شرط تأجيل الثمن:

إذا اشترى بثمن مؤجّل، يجب أن يكون الأجل محدّداً على نحو لا يتطرّق إليه احتمال الزيادة والنقيصة على وجه لا يتسامح فيه، لا مفهوماً كما إذا قال: آخر الربيع أو الجمادي، وكلّ، مردّد بين الشهرين، ولا مصداقاً كقدوم الحاج واستدلّ الشيخ عليه بوجهين:

١ـ لزوم الغرر لأنّ الجهل بمقدار المدّة يوجب كون المعاملة خطريّاً، لأنّ قيم الأجناس ترتفع وتتنزّل بقلة المدّة وزيادتها.

وربّما يتصوّر أنّ الدليل أخصّ من المدّعى، لأنّـه إنّما يصير خطرياً إذا تردّد الأجل بين المدتين القصيرة والطـويلـة، كما إذا تـردّد قدوم الحاج بين عشرة أيّـام، وستّـة أشهر، وأمّـا إذا تـردّد بين القصير والأقصر، كيوم أو خمسـة أيّـام فلا تكـون المعاملة خطرية.

يلاحظ عليه: بما جاء في صدر المسألة من أنّ المراد من التحديد من حيث الزيادة والنقيصة بما لا يتسـامح، وأمّا الزيادة والنقيصة التي تتسـامح فلا إشكال فيه، ولا تكون المعاملة خطرياً.

٢ـ ما دلّ في السلم ـ الذي هو عكس المسألة ـ على وجوب تعيين الأجل وعدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد [١]، وذلك بتنقيح المناط، وأنّ المتبادر من هذه الروايات هو لزوم كون الأجل محدّداً وأنّه لا خصوصية للثمن والمثمن، فلا يرد أنّ هذا من باب قياس باب على باب آخر، وأين السلم من النسيئة؟

نعم لا فرق في الأجل بين القصير والطويل. و حكي عن الاسكافي المنع من التأخير إلى ثـلاث سنين، واستـدل لهذا القـول بـروايتين تدل إحـداهما على عـدم الجواز، في التأخير إلى ثـلاث بينما تـدلّ الأُخـرى على عـدم الجواز في الأزيـد على الثلاث [٢]. ولكن الامعان في الـروايتين يثبت أنّ الإمام لم يكن بصـدد بيان الحكم الشرعي، وإنّما كـان بصـدد اعطاء النصح للبـائع حتى لا يتضرّر بـالبيع بـا لمدّة الطويلـة، وربّما يموت المشتري وتتفـرّق أموالـه بين الورثـة فلا يستطيـع على أخذ الثمن.

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

٢ـ المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ و ٣.

ولو تمادى في الأجل إلى ما لا يبقى إليه المتبايعان، كما إذا باع بأجل يزيد على مائتين أو أزيد، فالظاهر أنّ المعاملة باطلة، لخروج الثمن عندئذ عن الانتفاع وصيرورة المعاملة سفهية ولا تشمله العمومات لعدم تعارفها بين العقلاء، وما في كلام السيد الأُستاذ من احتمال أن يكون هناك غرض عقلائي متعلّق به غير مفيد، لأنّ الميزان في صحّة المعاملة هو وجود الغرض النوعي لا الشخصي.

وربّما يصار إلى تصحيح المعاملة بما ورد من حلول الدين المؤجّل بموت الدائن[1] فيكون الثمن حالاً بموت المشتري، ولايجب الصبر إلى المدّة المضروبة، ولكن التصحيح غير صحيح لأنّه في مورد كان العقد صحيحاً بالذات، ففي هذا الظرف إذا مات الدائن ينقلب المؤجّل حالاً ، وأمّا إذا كانت المعاملة باطلة، فلا يصحّحها هذا الأمر.

وربّما يستدل على بطلان هذا العقد، بأنّ الاشتراط المذكور تصريح ببقاء الدين، مؤجّلاً بعد الموت مع أنّ السنّة دلّت على حلول الأجل بالموت.

يلاحظ عليه: بأنّ حكم الشارع بحلول الأجل لا يكون إلاّ فيما كان هناك أجل حسب الاشتراط ، فالاشتراط المذكور محقّق لموضوع الحكم بالموت، لا أنّه ينافيه، نعم لو كان الشرط بقاء الأجل وعدم حلوله بالموت، كان مخالفاً للسنّة، وكان فاسداً ومفسداً.

ثمّ إنّ المناط في تعيين المدّة هل هو تعيّنها في نفسها بحيث يكون معيّناً في الواقع أو معيّناً عند العرف سواء علم بذلك المتعاقدان أم لا ، أم يشترط علم المتعاقدين بذلك؟ والظاهر هو الأخير إذ لا يرتفع الغرر إلاّ به، فلو باع شيئاً بثمن

١ــ الوسائل: ج١٣، الباب ١٢ من أبواب الدين.

مؤجّل إلى عيد الأضحى والفطر. ولكن لايعلم بـزمانه وتردّد بين سنة وعشرة أشهر فالمعاملة غررية، وإن كان الأجل متعيّناً في الواقع أو عند العرف. وإلى ذلك ينظر قول السيّد الاصفهـاني في وسيلته حيث يقول: «وهل يكفـي تعيّنه في نفسه وإن لم يعرفه المتعـاقدان كما إذا جعل التأجيل إلى النيروز أو إلى انتقـال الشمس إلى برج الميزان؟ وجهان، أحوطهما العدم بل لا يخلو من قوّة»[1].

وربّما يتصوّر أنّ ذلك يناقض جواز البيـع والشراء بأوزان البلد وإن لم يعرفه المتعاقدان على وجه التفصيل ولكن النقض غير تام لعدم ثبوت الجواز في المقيس عليه، وربّما تحتمل الصحّة لارتفاع الغرر فيه عـن طريق المشاهدة وتطبيقه على ما لديه من الأوزان.

١ـ وسيلة النجاة: ٢/ ٥١، المسألة ١.

المسألة الثالثة:

البيع بثمن حالاً وبأزيد مؤجّلاً

يظهر من الأحاديث المروية عن النبي والآل [1] أنّ البيع بثمن حالاً وبأزيد مؤجّلاً كان رائجاً بين العرب في عصر الرسول وبعده ولأجل ذلك استفاضت الروايات على المنع كما استفاض النهي عنه في الكتب الفقهية من عصر الاسكافي إلى زماننا هذا، وقد نقل الشيخ أكثر الكلمات في المسألة. وتحقيق المسألة يتوقّف على بيان أمرين:

الأوّل: ذكر صورة المسألة واستخراج حكمها في ضوء القواعد.

الثاني: دراسة الروايات الواردة دلالة وسنداً. فنقول إنّ للمسألة صوراً.

صور المسألة ثبوتاً:

أمّا أن يكون كلّ من الأقل والأكثر ثمناً للمبيع كما هو الظاهر من عنوان الفقهاء وإمّا أن يكون الثمن هو الأقل وتكون الزيادة من باب الشرط.

أمّا القسم الأوّل فله صور أربعة:

١ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١ من أبواب أحكام العقود، ومستدرك الوسائل: ج ١٣ الباب ٢ من أبواب أحكام العقود.

١ـ لو قال بعتك هذا بعشرة يداً بيد، وبعشرين إلى رأس الشهر وأراد بذلك أن يقبل المشتري أحدهما في المجلس منجّزاً.

٢ـ تلك الصورة ولكن المشتري قبل الايجاب بلا تعيين أحدهما وقال قبلت لغرض التعيين بعد القبول.

٣ـ إذا أوجب على نحو التخيير وقبل المشتري كذلك وجاء بكلمة «أو» مكان «الواو» وقال: «بعتك هذا بدينار عاجلاً أو بدينارين إلى شهر» وقبل المشتري كذلك.

والتفاوت بين الصورتين بالصراحة بالتخيير في الايجاب والقبول في الثالثة دون الثانية.

٤ـ الايجاب على وجه التعليق بأن قال: «بعتك بعشرة إن كان نقداً وبعشرين إن كان نسيئة». ويقبل المشتري على وجه التعيين.

وأمّا القسم الثاني فله صور ثلاثة:

١ـ أن يكون البيع وارداً على الأقل نقداً ولكن يشترط الزيادة في مقابل جعل جواز التأخير له ويقول: «بشرط أن يجوز لك التأخير إلى كذا بزيادة دينار».

٢ـ أن يكون البيع وارداً على الأقل ويشترط الزيادة على فرض التأخير في مقابله.

والفرق بين الصورتين أنّ التأخير في الأُولى يكون قانونياً دون الثانية ويكون الأكثر فيها كالغرامة.

٣ـ تلك الصورة ويشترط الزيادة مجاناً عند التأخير لا في مقابله.

هذه مجموع الصور المتصوّرة ونأخذ ببيان أحكامها حسب القواعد الأوّلية

ثم لنرجع إلى النصوص الواردة.

أمّا الأُولى: فالظاهر الصحّة إن قبل واحداً منهما وكأنّ الايجاب ينحل إلى ايجابين وهو يقبل أحدهما معيّناً وهذا مثل ما إذا باع سلعة بعشرة، وسلعة أُخرى بعشرين وهو لا يدري أنّ المشتري يقبل أي واحدة منهما.

واحتمل السيد الطباطبائي ـ قدّس سرّه ـ الصحّة والبطلان أمّا الصحّة فلوجود المقتضي من الاطلاقات وعدم المانع من الغرر والجهالة لأنّ المفروض تعيينه في القبول ولا يضر الترديد في الايجاب بعد كون الثمن على الوجهين معيّناً في القبول. أمّا البطلان فلعدم جزم الموجب فيكون غرراً ولو باعتبار الايجاب [1].

يلاحظ عليه: أنّ القدر المتيقّن من مانعية الجهالة والغرر، هو كون العقد والاتفاق مشتملاً على أمر مجهول، ومخطور وليس الأمر كذلك بعد قبول المشتري.

ويمكن الاستئناس للجواز بما ورد في قصة شعيب حيث قال لموسى: **﴿انّي أُريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك﴾** فأجاب موسى بقوله: **﴿ذلك بيني وبينك أيّما الأجلين قضيت فلا عدوان عليّ﴾** (القصص/ ٢٧ـ ٢٨) والصداق في النكاح أشبه بالثمن في البيع على وجه وقد زوّج شعيب بنته بصداقين:

١ـ أن يعمل له ثمانية حجج.

٢ـ أن يعمل له عشر سنين، فخيره بين الصداقين، وهو لا يعلم حسب الظاهر أنّ المخاطب يقبل أيّاً منهما، ولكن موسى قبل الأقل منجزاً وعلى كل

١ـ تعليقة السيّد الطباطبائي: ٢/ ١٧٦.

تقدير ولكن خيّـر نفسه في العمل بالأكثر، وهذا يعرب عن أنّ الجهالة في الايجاب مع تعيّنه في القبول لا اشكال، كل ذلك بناء على ما نقله الذكر الحكيم كان انشاء من الطرفين للنكاح ولم تكن مقاولة قبل العقد.

وربّما يستأنس في المقام بما رواه أبـو حمزة عن أبي جعفر -عليه السلام-، والحلبي عن الصادق -عليه السلام- [1].

وأمّا الثانية: فيحكم عليها بالبطلان للجهـالة لأنّ البائع لا يدري بأي ثمن بـاع كما أنّ المشتري لا يـدري بـأي ثمـن اشترى والتعيين بعـد البيـع غير رافع للجهـالة حـال العقد، ومثلـه إذا باع بثمنين بـأجلين، فالحكم في الجميـع واحد.

وأمّا الثالثة: فيظهـر وجه بطـلانها من الثـانية لأنّ قبـولها معاً غير مقبـول، والحمل على أحدهما المعيّـن لا وجه له وقبول أحدهما تخييراً مستلزم للجهالة لدى البيع.

وأمّا الرابعة: فتشترك مع الصورتين في الجهالة، وتختص بالتعليق المبطل.

المسألة الرابعة: إذا كان الثمن هو الأقل والزيادة شرطاً:

قد كان كل من الأقل والأكثر فيما تقدم ثمناً وأمّا إذا كان الثمن هو الأقل، وكانت الـزيادة من باب الشرط، فالجهـالة و إن كانت مرتفعـة لكن الاشكال من جهة أُخرى وهي لزوم الربا، و إليك بيان حكم صورها الثلاثة:

١ـ لاحظ الوسائل: ج١٣، الباب ٨ من أبواب أحكام الاجارة، الحديث ٢ والباب ١٣ من هذه الأبواب، الحديث ١، وبما أنّ موردهما الاجارة لم نذكرهما في المقام.

أمّا الأُولى: فلا شك أنّ الشرط يعد ربا وأمّا كونه مفسداً مع كونه فاسداً أو لا، فمبنيّ على النزاع المتقدّم من كون الشرط الفاسد مفسداً أو لا، وعلى القول بعدم الافساد فالثمن هو الأقل ولا يلزم على البائع الصبر إلى الأجل لسقوطه عن الاعتبار ولا يقاس بها إذا باع نسيئة بالثمن الأكثر من أوّل الأمر، وذلك لأنّ الثمن هناك الأكثر بخلاف المقام.

ومنها تظهر حال الثانية فلا نطيل الكلام ببيانه إنّما الكلام في الثالثة فهل هو ربا في مقابل تأخير الثمن، أو هو طلب فعل من المشتري عند التأخير بالمجّان؟! والأوّل هو المتفاهم عند العرف.

هذا هو حكم القواعد، وإليك ما ورد من الروايات:

وهي على قسمين:

الأوّل: ما نهى فيه عن بيعين في بيع، أو عن شرطين في بيع، أو صفقتين في واحدة الظاهرة في التحريم. ولا تحمل على الكراهة إلاّ بدليل:

١ـ إنّ رسول الله بعث رجلاً إلى أهل مكة وأمره أن ينهاهم عن شرطين في بيع [(١)].

٢ـ نهى رسول الله عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن [(٢)].

٣ـ نهى عن بيعين في بيع [(٣)].

الثاني:ما يدلّ على الصحّة بوجه خاص:

١ و ٢ و ٣ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ و ٤ و ٥.

٤ـ صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر ـ عليه السلام ـ قال: قال أمير المؤمنين ـ عليه السلام ـ: من باع سلعة فقال: إنّ ثمنها كذا و كذا يداً بيد، وثمنها كذا وكذا نظرة، فخذها بأي ثمن شئت، وإجعل صفقتها واحدة، فليس له إلاّ أقلّهما وإن كانت نظرة [1].

٥ـ موثقة السكوني عن جعفر الصادق ـ عليه السلام ـ: أنّ علياً ـ عليه السلام ـ قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين، بالنقد كذا وبالنسيئة كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقلّ الثمنين وأبعد الأجلين، يقول: ليس له إلاّ أقلّ النقدين إلى الأجل الذي أجّله بنسيئة [2].

وإليك الكلام في هذه الروايات:

١ـ لو كان هناك اجمال في الروايات الثلاث، أعني قوله ﷺ: «عن شرطين في بيع» وقوله «عن بيعين في بيع» فيرفع الاجمال بما جاء في صحيحة محمد بن قيس[3]: «من ساوم بثمنين أحدهما عاجلاً والآخر نظرة» . ولعلّ التعبير بشرطين لاشتمال الكلام ظاهراً أو باطناً على الشرطين: إن كان نقداً ... إن كان نسيئة، كما أنّ التعبير ببيعين لانحلال الايجاب على ايجابين وبيعين.

٢ـ قد فرض فيها كل من الأقل والأكثر، ثمناً للسلعة، وعلى ذلك فالقسم الثاني بصورها الثلاثة خارج عن مورد الروايات، وعلى ذلك فما احتمله الشيخ في توضيحها من حمل الرواية على أنّ الثمن هو الأقل لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئاً زائداً وهذا الشرط فاسد لما سيجيئ من أنّ تأجيل الحال بزيادة رباً

---

١ و ٢ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ و ٢.

٣ـ مؤلف كتاب القضايا وقد أُعيد تأليفه باشرافنا وطبع.

محرّم ... في غير محلّه.

٣ـ إنّ مورد الروايتين الأخيرتين هو كون أحد الثمنين حالّاً والآخر مؤجّلاً، وأمّا البيع بثمنين بأجلين فهو خارج عن مصبّهما وما في الموثقة من التعبير بـ «أبعد الأجلين» فهو من باب المشاكلة وإلاّ فصريح الصدر كون أحد الثمنين نقداً والآخر مؤجّلاً.

٤ـ إنّ كلمات الأصحاب مختلفة في المسألة وقد نقلها الشيخ الأعظم فالمحكي عن المبسوط والسرائر ، وأكثر المتأخّرين هو البطلان لأجل الجهالة قياساً بما إذا تردّد المبيع بين المتاعين، وظاهر المقنعة، كون العمل منهياً تحريمياً أو تنزيهياً مع صحّة البيع ويكون الثمن أقلّهما في آخر الأجلين، وقد ذكر الشيخ في كلامه احتمالات خمسة، أبعدها خامسها، أعني قوله: «ويحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن» لكونه خلاف ظاهر عبارة المقنعة والروايات، فإنّ ظاهرها كون كلّ من الدرهم و الدرهمين ثمناً مستقلاً، نعم ظاهر المقنعة، كون كل من الثمنين مؤجّلاً وهو خلاف مورد الروايات.

وظاهر النهاية والغنية والمراسم والكافي والمهذّب: الحكم بالبطلان، باضافة «فإن أمضى البيّعان ذلك بينهما كان للبائع أقلّ الثمنين في آخر الأجلين».

والمهم هو رفع التنافي بين صدر كلامهم وآخره، حيث حكموا، بالبطلان أوّلاً ثمّ بالصحّة ثانياً باسقاط الأكثر عن الاعتبار، وقد ذكر الشيخ الأعظم وجهين:

١ـ حمل كلامهم على أنّ الثمن هو الأقل لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئاً زائداً والشرط فاسد دون العقد. وعليه أيضاً تحمل الرواية.

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره ينطبق على لفظ المختلف والدروس فقط، وظاهر الباقين كون كلّ واحد ثمناً.

على أنّه لو صحّ العقد فلماذا صحّ بالنحو المذكور فإذا كان الثمن هو الأقل فليكن الثمن معجّلاً لا مؤجّلاً، وقد اتّفقا عليه. وأمّا التصحيح على النحو الوارد في كلماتهم فلم يتّفقا عليه.

٢ـ حمل كلامهم على صورة تلف المبيع فيكون دفع الأقل من باب الغرامة، فيكون دفع الأقل منزّلاً على الغالب من كون الثمن المعيّن نقداً هو مقدار قيمة المبيع.

يلاحظ عليه: أنّه لا ينطبق إلاّ على عبارة الاسكافي، أضف إليه، ما هو الوجه لتأخير القيمة إلى أبعد الأجلين.

والأولى حمل ما ذكروه تفسيراً للروايتين و إنّ الحكم ثبت تعبّداً لعدم تعلّق الرضا على الثمن الأقل، على أبعد الأجلين لكونه على خلاف القاعدة ولأجل ذلك يقتصر على مورد النص وهو كون الأقل والأكثر ثمنين، واحد منهما معجّل والآخر مؤجّل و إن تردّد الشيخ في نهوضها لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل.

ثمّ إنّ الوارد في بعض الكلمات قوله «فإن أمضى البيّعان ذلك ...» فهل هو إشارة إلى الامضاء الابتدائي، أو الامضاء بعد العلم بالبطلان. كل محتمل، وعلى كلا الاحتمالين تكون النتيجة مخالفة لما أمضاه.

ثمّ إنّ المعتمد هو الصحيحة والموثقة الحاكيتان قضاء علي ـعليه السلامـ فهل يمكن الاعتماد عليهما في اثبات الحكم المخالف للقواعد أو أنّ ما جاء في قضاء

الإمام كان قضية في واقعة، كما هو الحال في أكثر أقضيته من حصول العلم للإمام برضا الطرفين بما حكم.

وعلى كلّ تقدير فالافتاء بالصحّة ولزوم العقد مشكل جداً والبطلان لا يخلو عن قوّة، ولأجل ذلك يقول السيد الاصفهاني بالبطلان في المسألة وما إذا باعه بثمن إلى أجل وبأزيد منه إلى أجل [1].

المسألة الخامسة: في حكم الثمن المؤجّل:

إنّ فائدة تأجيل الثمن هو عدم وجوب دفعه قبل حلول أجله، فليس للبائع طلبه، ولا على المشتري دفعه إنّما الكلام في موردين:

الأوّل: إذا تبرّع بدفعه فهل يجب على البائع قبوله أو لا ؟ وجهان:

١ــ يجب قبوله لأنّ الأجل حقّ مختصّ با لمشتري وأنّ المؤجّل كالواجب الموسّع يجوز فيه التأخير ولا يجب.

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره هو الغالب وليس أمراً كلّياً وإلاّ فربّما يكون الاشتراط من الطرفين أو من جانب البائع فقط ليحتفظ بماله في ذمّته إلى أجل معيّن، فعندئذ لا يجب عليه القبول ومنه يظهر ما في الوجه الثاني في كلامه من تشبيهه بالواجب الموسَّع، فإنّه يتمّ على الفرض الأوّل، لا مطلقاً.

٢ــ لا يجب ويظهر وجهه ممّا ذكرناه وأمّا الاستدلال عليه بأنّ التعجيل كالتبرّع بالزيادة فلا يكلّف تقبّل المنّة غير تام، بل ربّما ينقلب الأمر فيكون القبول منّة على المشتري كالقبول منه في أيّام الفتنة التي يخاف الناس على أموالهم.

١ـ وسيلة النجاة: ٢/ ٣٥.

فالنتيجة هو التفصيل بين كونه حقّاً مختصّاً بالمشتري، فيجب القبول دون ما إذا كان حقّاً مشتركاً أو حقّاً مختصّاً بالبائع، فعندئذ يكون البائع مخيّراً بين القبول والرد.

ثمّ إنّ سيّدنا الأُستاذ اختار ثاني الوجهين ببيان سيوافيك في البحث التالي:

الثاني: إذا أسقط المشتري التأجيل فهل يصير الدين حالاً، ويترتّب عليه جواز المطالبة للبائع، أو لا؟ ذهب العلاّمة والمحقّق الثاني والشيخ الأعظم والسيد الأُستاذ إلى الثاني وإليك تحليل أدلّتهم:

١ـ قال العلاّمة: لو كان عليه دين مؤجّل فأسقط المديون الأجل، لم يسقط وليس للمستحق مطالبته في الحال لأنّ الأجل صفة تابعة، والصفة التابعة لا تفرد بالاسقاط ولهذا لو أسقط مستحقّ الحنطة والدنانير، الصحّة والجودة، لم يسقط، وللشافعي وجهان.

وأوضحه السيد الأُستاذ بأنّ الأجل صفة للثمن فوقع البيع بعشرة مؤجّلة نظير توصيف الفرس بالعربية كما لو باع فرساً عربياً مثلاً بكذا، فيكون تابعاً ثبوتاً وسقوطاً غير قابل للانحلال إلى أمرين[1]:

يلاحظ على الاستدلال بأنّ الملاك لجواز الاسقاط ـ بعد كونه قابلاً للاسقاط في حدّ نفسه بأن لم يكن حكماً شرعياً ـ هو عدم تطرّق الخلل إلى أركان العقد، بأن يعد العقد قبله وبعده عقدين متبائنين كالاختلاف في المبيع والثمن. وأمّا غير ذلك فالكلّ قابل للاسقاط سواء كان تابعاً أو متبوعاً. وبعبارة أُخرى كلّما كان متضمّناً للكلفة الزائدة، فهو قابل للرفع بحديث الرفع، في باب البراءة، وقابل للاسقاط في المقام، فللمشتري إسقاط وصف الجودة والصحّة، والعربية والرضا

١ـ المتاجر قسم الخيارات ٥/ ٣٤٥.

بـالفـاقـد منه، لعـدم تطـرّق الخلـل إلى أركـان العقد حتـى يقـال إنّ العقـد قبل الاسقاط وبعده متبائنان، ذاتاً وأساساً، وانّ الرضا بالفاقد، رضاً بمعاملة جديدة لم تنشأ.

٢ـ ما ذكره المحقّق الثاني: إنّ التأجيل ثبت في العقد اللازم فلا يسقط ولأنّ في الأجل حقّاً لصاحب الدين ولذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل، نعم لو تقايلا في الأجل يصحّ ولو نذر التأجيل فإنّه يلزم ولا يسقط بالتقايل لأنّه في العقود لا في النذور.

يلاحـظ عليه: بأنّ الميزان في صحّـة الإسقاط وعـدمه كونـه حقّاً أو حكماً، سواء كان في العقـد اللازم أو الجائز وما ذكر ثانياً من أنّ في الأجـل حقّاً لصاحب الـدين، غير مضر، لأنّ الكـلام فيما كـان حقّـاً مختصّاً بـالمشتري وأمّـا المشترك أو المختص بالبائع فلا يجب القبول و إن أسقطه المشتري.

٣ـ مـا ذكره الشيخ الأعظم: إنّ مـرجع التأجيل في العقد الـلازم إلى اسقاط حق المطالبة في الأجـل فلا يعود الحق باسقاط التأجيل، والشرط القـابل للاسقاط ما تضمّـن اثبات حقّ قـابل لاسقاطـه بعد جعله، ألا تـرى أنّه لـو شرط في العقد التبرّي من عيـوب لم يسقط هـذا الشرط باسقـاطـه بعد العقـد، ولم تعد العيـوب مضمونة كما لو كانت بدون الشرط.

يـلاحظ عليـه: أنّ حقيقـة التأجيـل ليس إلاّ احـداث حقّ للمشتري فلـه إسقاطـه، وليس مرجعه إلى اسقـاط جواز المطالبـة من جانب البـائع وذلك، لأنّ جوازها من أحكام الملك والسلطنة فلا يصح اسقاطه بحال.

وبعبارة أُخرى: إنّ حقّ البائع باق بحاله، غير أنّ الاشتراط صار مانعاً عن تأثيره فإذا ارتفع المانع، كان المقتضي مؤثّراً.

أضف إلى ذلك: أنّ لازم ما ذكره ، عدم صحّة الاقالة من الطرفين بالنسبة إلى الشرط.

٤ـ ما ذكره السيد الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ من أنّ النسيئة ليس بيعاً متضمّناً لشرط التأجيل ولا تقييداً لإطلاق سلطنة البائع على المطالبة متى شاء، ولا قيداً للثمن بأن يكون المملوك الثمن المؤجّل، أو الثمن رأس الأجل، وليست واحداً من هذه الاحتمالات الثلاثة بل هي بمعنى تقييد نفس القرار المعاملي فالبيع نسيئة صنف من البيع مقابل النقد لا أنّهما شرطان أو قيدان في الثمن.

وعلى ما ذكرنا من أنّها قرار خاص، لا قرار وشرط، فلا يصحّ إسقاط التأجيل لأنّه ليس حقّاً حتى يصحّ إسقاطه، ولا شرطاً حتى يصحّ الاعراض عنه بل هي قرار خاص يصحّ التقايل في أصلها لا في خصوصياتها، وحديث الانحلال في بعض المعاملات مخصوص بموارد يوافق فيها العرف عليه فالبيع النقدي لا ينحل إلى بيع وكونه نقداً وكذا النسيئة [1].

يلاحظ عليه: أنّ العقد وإن كان يوصف بالنقد والنسيئة، لكنّه توصيف له بحال متعلّقه، وبما أنّهما في الحقيقة وصفان للثمن فالمشتري تارة ينقد الثمن وأُخرى يُنسئه ويؤخّره، والاختلاف في الحقيقة في أوصاف الثمن، وهو لا يجعلهما عقدين متبائنين وإلاّ يكون المشروط مع المطلق متبائنين.

وإن شئت قلت: إنّ المرجع في تمييز المتبائنين عن المطلق والمقيّد، أو المطلق والمشروط هو العرف وهو لا يرى البيع النقدي وغير النقدي، متبائنين ولأجل ذلك لو تعاقدا نسيئة لكن نقد المشتري الثمن في المجلس مطلقاً أو في مقابل اسقاط جزء من الثمن، لا يكون وفاءً بالمبائن، فالأقوى أنّ الاسقاط يجعله حالاً.

١ـ المتاجر : قسم الخيارات: ٥/ ٣٤٣.

المسألة السادسة: فيما إذا كان الثمن حالاً أو صار حالاً:

إذا كان الثمن أو الدين حالاً أو حلّ فهو موضوع لعدة أحكام:

١ـ إذا دفعه المديون وجب على الدائن القبول.

ويمكن الاستدلال عليه: بقاعدة «الناس مسلّطون على أنفسهم» فهي وإن لم تكن منصوصة بلفظها لكنّها قاعدة عقلائية غير مردوعة، أو هي مستفادة من فحوى قوله ﷺ: «الناس مسلّطون على أموالهم» «فهم أولى على أنفسهم» بمعنى أنّه لا حقّ للدائن على ذمة المديون في حفظ ماله في ذمته بعد حلول أجله وبعد كون المؤدّىٰ موافقاً لحقّه من حيث القدر والوصف والجنس، وكون الزمان والمكان مناسبين عند العقلاء، لاداء الدين، نعم لو أدّاه وهو مشغول بالفريضة، أو في مفازة أو غير ذلك، ممّا يستنكره العقلاء فلا.

هذا كلّه إذا قلنا بشرطية القبض وأمّا إذا قلنا بكفاية التخلية بينه وبين دَينه فيكفي الطرح عنده، سواء قبضه أو لا، بل يكفي دَسّه بين أمواله، ولعلّ العرف والعقلاء لا يساعد الأخير إلاّ إذا كان هناك امتناع، مع اجتماع الشرائط المذكورة للقبض، وعلى ذلك فلو امتنع بلا عذر مسموع، تكفي التخلية أو الدس بين أمواله ويستشهد على ذلك، لئلاّ يحكم عليه بعدم الأداء في مقام إقامة الدعوى.

ولو قلنا بكفايته، لا يبقى مجال للبحث عن صور امتناع القبض، نعم لو قلنا بلزوم القبض وعدم كفاية الطرح من الدين يأتي البحث عن الصور الآتية

٢ــ إذا امتنع عن القبض فهل له إكراهه على القبول؟ الظاهر لا، لأنّ الإكراه من شؤون الحكومة والولاية، نعم لو ألزمه على القبض وحصل وكان الدين كلّياً سقط الدين، لأنّ الموضوع للبراءة هو القبض الأعم من الاختياري.

فإن قلت: إذا كان القبض عن إكراه لا يترتّب عليه الأثر لحديث الرفع.

قلت: إنّما ذلك إذ لم يكن الإكراه عن حقّ، وإلاّ فلا يشمله حديث الرفع لأنّه حديث امتنان، يختص بمورده.

٣ـ وإذا امتنع عن القبض ولم يلزمه المديون، فعليه أن يرفع الشكوى إلى الحاكم ويجب عليه ولاية دفع الضرر عنه، وهو يختلف حسب اختلاف الظروف فربّما تقتضي المصلحة أن يلزمه بالقبض، وأُخرى أن يتصدّى بنفسه للقبض، وثالثة يأمره بالايداع في صندوق الأمانات العامّة المعيّنة من جانب الحكومة.

نعم ذهب الشيخ وغيره إلى تعيّن إلزامه بالقبض قبل تصدّيه بنفسه مستدلاً بأنّ امتناعه أسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقّف ملكه عليه، لا أصل القبض الممكن تحقّقه منه كرهاً، وجعل السيد الطباطبائي الترتيب مفاد قاعدة «لاضرر» وقال: إنّ الدليل على كلّ من الأحكام الثلاثة مذكورة على الترتيب: ١ــ وجوب الاجبار . ٢ــ قبض الحاكم. ٣ــ العزل . (الذي سيوافيك بيانه) هو قاعدة الضرر وأنّ مفادها يختلف حسب المقامات وفي صورة إمكان الاجبار يتعيّن كون الساقط هو اشتراط القبض بالرضا، لا أصل القبض لأنّ الموجب للضرر هو شرطية الرضا، لا أصل القبض، وفي صوره عدم إمكان ذلك، يتعيّن كون الساقط اعتبار مباشرته للقبض ولازمه كفاية قبض وليّه وهو الحاكم، وفي صورة عدم إمكان ذلك أيضاً يتعيّن كون الساقط أصل اعتبار القبض فيكتفي بمجرّد العزل، والسر فيما ذكرنا هو أنّ الضرر نظير الضرورات التي تتقدّر

بقدرها ومثلها في ذلك قاعدة الحرج، ثمّ استشهد برواية عبد الأعلى آل مولى سام، في لزوم المسح على المرارة [١].

وهو بهذا البيان أثبت أنّ كلاً من الأُمور الثلاثة: إكراه الحاكم، تولّيه القبضَ عند عدم إمكان الاكراه، ثمّ عزل المديون، مطابق للقاعدة ومستفاد من «لا ضرر».

يلاحظ عليه: بعد الغضّ عمّا ذكرنا ـ من عدم وصول النوبة إلى طرح الشكوى عند الحاكم إلاّ نادراً ـ أنّه إذا رفع الشكوى، لا يتعيّن للحاكم إلزامه بالقبض، بل إذا اقتضت المصلحة، ربّما يقدّم تصدّيه للقبض على الإلزام، و «السلطان وليّ الممتنع» والولي يعمل حسب اقتضاء المصلحة، فلو اقتضت تقديم التصدّي للقبض على الإكراه عليه، يقدَّم. وما ذكره من استفادة الترتيب من قاعدة «لا ضرر» إنّما هو في مورد عدم دليل حاكم على رعاية الترتيب وهو اطلاق معقد الدليل، فاطلاق دليل الولاية هو المحكم، لا قاعدة «لا ضرر».

٤ـ وإذا لم يمكن إلزام الحاكم ولا تصدّيه للقبض فهل يكفي قبض عدول المؤمنين؟ التحقيق لا، لعدم ثبوت الولاية لهم، بل طريق براءة ذمّة المديون عند الشيخ الأعظم أن يعزل حقّه ويجعله أمانة عنده، فإن تلف فعلى ذي الحق لأنّ هذه فائدة العزل وثمرة الغاء قبض ذي الحق، ولكن لا يخرج عن ملك مالكه لعدم الدليل على ذلك فانّ اشتراط القبض عند التمليك لا يسقط بأدلة نفي الضرر، وإنّما يسقط بها ما يوجب التضرر وهو الضمان، وحينئذ فنماء المعزول للمديون وقاعدة الخراج بالضمان غير جارية هنا.

١ـ تعليقة السيد الطباطبائي: ٢/ ١٨٠.

ولمّا كان الجمع بين بقاء ملكية الدافع، وكون التلف من ذي الحق، أمراً غريباً، لأنّ الحق المملوك لصاحب الدين إن تشخّص في المعزول كان ملكاً له، وإن بقي في ذمّة الدافع لم يكن تلف المعزول منه، أجاب عن الاشكال بأنّ الحق قد سقط من الذمّة ولم يتشخّص بالمعزول، وإنّما تعلّق به كتعلّق حقّ المجنيّ عليه برقبة العبد الجانيّ فبتلفه يتلف الحقّ ومع بقائه لا يتعيّن الحق فيه، فضلاً عن أنّ يتشخّص به ويمكن أن يقدّر آناً ما قبل التلف كون التلف في ملك صاحب الدين.

يلاحظ عليه: أوّلاً: أنّ تضمين الغير (الدائن) مال المديون بمعنى كون التلف منه ـ كما هو المفروض ـ مع كونه تحت يده، من دون أن يكون هناك سبب للضمان من عقد أو اتلاف، مباشرة أو تسبيباً، أمر غريب لا يصار إليه بلا دليل والمفروض أنّ المال للمديون وتحت يده، ولكن الضمان على الدائن من دون أن يكون له سبب من عقد أو اتلاف.

وثانياً: أنّ ما أجاب به عن الاشكال من كونه ملكاً للمديون إلى حين التلف وانتقاله إلى الدائن قبل التلف آناً ما، ليس سالماً عن الغرابة مثل المبنى.

ويتلوه في الغرابة ما ذكره أيضاً من جواز تصرّفه في المعزول فينتقل المال إلى ذمّته لو أتلفه وذلك لأنّ لازم تعلّق حقّ الغير به عدم جواز تصرّفه، ودعوى أنّ ذلك التصرّف لا ينافي حقّ الدائن لانتقاله إلى الذمّة، لا تصحّح جواز التصرّف، وإلاّ جاز للراهن التصرّف في العين المرهونة بنيّة جعل بدل لها بعد الانتقال إلى الذمّة.

فالأولى في هذه الصورة ــ عدم وجود حاكم مبسوط اليد ــ الصبر حتى يحصل له الفرج بالطرق المذكورة المتقدمة، وليس ذلك إلاّ من آثار عدم وجود

الحاكم الذي بيده حلّ تلك العقد والمعضلات.

وأمّا حكم الفرعين اللّذين نقلهما الشيخ في المقام، فتظهر الحال فيهما ممّا ذكرناه في قاعدة «لا ضرر» و إليك الفرعين:

١ــ إذا أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه في مال على جهة الاشاعة بحيث يتعيّن المدفوع للشريك ولا يتلف منهما.

٢ـ لو تسلّط الظالم بنفسه وأخذ قدر نصيب الشريك.

ومن أراد التحقيق فليرجع إلى ما حرّرناه حول قاعدة «لا ضرر» في ذلك المضمار.

المسألة السابعة: في تأجيل الثمن الحال بأزيد منه:

لا شكّ في جواز نقص المؤجّل بالتعجيل، أو تأخير أجل البعض بنقد البعض. وتدلّ على كلا الحكمين صحيحة محمد بن مسلم والحلبي عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ أنّهما قالا في الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمّى فيأتيه غريمه فيقول: أنقدني من الذي لي كذا أو كذا، وأضع لك بقيّته، أو يقول: أنقد لي بعضاً وأمدّ لك في الأجل فيما بقي عليك، قال: لا أرى به بأساً ما لم يزدد على رأس ماله شيئاً، يقول الله: ﴿ **فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ ولاتُظْلَمونَ** ﴾[1].

وتدلّ على خصوص الحكم الثاني مرسلة أبان عمّن حدّثه عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ قال: سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل

١ـ الوسائل: ج١٣، الباب ٧ من أبواب أحكام الصلح، الحديث ١. والآية في سورة البقرة: ٢٧٩.

الأجل: عجِّل لي النصف من حقّي على أن أضع عنك النصف، أيحلّ ذلك لواحد منهما؟ قال: نعم[١].

إنّما الكلام في تأجيل الثمن الحال أو مطلق الدين بأزيد منه. قال المحدث البحراني: لا يجوز تأخير ثمن المبيع ولا شيء من الحقوق المالية بزيادة فيها، وعليه ظاهر اتفاق الأصحاب ـ رضوان الله عليهم ـ وبه استفاضت الأخبار: كأن يكون له في ذمّته مائة درهم حالاً ويزيد تأجيلها إلى سنة بزيادة عشرين درهماً[٢].

لا شكّ أنّه من مصاديق الربا لأنّ العرف لا يفرّقون بين الزيادة سواء تراضيا عليها في أوّل الأمر كأن يقرضه عشرة دنانير بأحد عشر إلى شهر، وبين أن يتراضيا بعد الشهر على التأخير شهراً آخر بزيادة دينار واحد. والصورة المتصوّرة عبارة:

١ـ جعل الزائد في مقابل الأجل وهذا هو الرائج بعنوان الشرط الابتدائي.

٢ـ بيع دينه الحالّ بأزيد مؤجّلاً. وهو إمّا رباً حقيقة أو مشتمل على مناطه.

٣ـ جعل الزائد بالمقاولة أو المصالحة وترتيب الأثر عليهما.

٤ـ جعله بالشرط في ضمن معاملة أُخرى كما إذا اشترى شيئاً بالثمن الزائد باشتراط تأخير الدين عليه في ضمن تلك المعاوضة، وإن ذهب الشيخ الأعظم إلى جواز القسم الأخير كما سيوافيك.

والدليل المهم هو صدق الربا على هذه الأقسام عرفاً وملاكاً.

١ـ الوسائل: ج١٣، كتاب الصلح، الباب ٧، الحديث ٢.

٢ـ الحدائق الناضرة: ١٩/ ١٣٤.

استدلّ الشيخ على التحريم بوجوه:

الأوّل: ما نقله الطبرسي في تفسير قوله سبحانه: ﴿**قالُوا إنَّما البَيعُ مِثلُ الرِّبٰوا وأَحَلَّ اللهُ البَيعَ وَحَرَّمَ الرِّبٰوا**﴾ [١] عن ابن عباس: كان الرجل منهم إذا حلّ دينه على غريمه فطالبه به، قال المطلوب منه، له: زدني في الأجل وأزيدك في المال فيتراضيان عليه ويعملان به، فإذا قيل لهم هذا رباً، قالوا: هما سواء. يعنون بذلك أنّ الزيادة في الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء. فذمّهم الله به [٢].

الثاني: ما تقدم من صحيح محمد بن مسلم، حيث علّل جواز التراضي على تأخير أجل البعض بنقد البعض، بعدم الازدياد على رأس ماله فيدل على أنّه لو صار الإمهال سبباً لزيادة رأس ماله، لم يجز التراضي على التأخير وكان ربا.

الثالث: الروايات الواردة حول الحيل الشرعية التي دلّت على أنّه يجوز بيع المال المقوّم بألف درهم على عشرة آلاف درهم مع اشتراط تأخير الدين، وقد نقلها الشيخ الحرّ في الوسائل، منها رواية إسحاق بن عمّار قال: قلت لأبي الحسن ـ عليه السلام ـ: يكون لي على الرجل دراهم فيقول: أخّرني بها وأنا أُربحك فأبيعه جبّة تقوّم عليَّ بألف درهم بعشرة آلاف درهم ـ أو قال: بعشرين ألفاً ـ وأُؤخّره بالمال؟ قال: لا بأس [٣]. وجه الدلالة لو جاز تأخير الدين بزيادة ابتداءً لما التجأ إلى اشتراط التأخر في ضمن معاملة. وقد عمل بهذ النوع من الروايات لفيف من

١ـ البقرة: ٢٧٥.

٢ـ مجمع البيان: ١/ ٣٨٩ ط صيدا، ورواه السيوطي في الدر المنثور: ٢/ ١٠٥، ط دار الفكر، عن سعيد بن جبير.

٣ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٩ من أحكام العقود، الحديث ٤.

الفقهاء قائلين بأنّ المعاملة تكون عندئذ جدّية لأنّ الجبّة مع الشرط تساوي عشرة آلاف درهم فلا يؤخذ عليها بعدم الجد.

لكن الاشكال في موضع آخر وهو أنّ تشريع هذه الطرق من الشارع المحرِّم للربا يناقض هدفه ويورد الناس في مفسدة الربا فلا فرق بين أن يزيد في الدين الحال ويؤخّره، وبين أن يزيد عليه في ضمن معاملة لا يقصد منها إلاّ هذا النوع من الغرض الفاسد.

والذي يسيئ الظن بعدم صدور هذه الروايات من أئمّة أهل البيت أنّه قد جاء في بعضها: أنّ الإمام الباقر ـ عليه السلام ـ توصّل به وأمر ابنه الصادق ـ عليه السلام ـ بها، روى مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينةٍ عيّنها إيّاه، فلمّا حلّ عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه فأراد أن يقلب عليه ويربح أيبيعه لؤلؤاً أو غير ذلك ما يسوي مائة درهم بألف درهم ويؤخّر؟ قال: لا بأس بذلك، قد فعل ذلك أبي ـ رضي الله عنه ـ وأمرني أن أفعل ذلك في شيء كان عليه.

وهذه الروايات بما أنّهامخالفة للكتاب والسنّة، واستحلال للحرام بصورة خادعة لا يعمل بها ويسقط الاستدلال بها على المورد. وأقصى ما يمكن هو ردّ علمها إلى صاحبها لو لم نقل إنّهامدسوسة مكذوبة على لسان أئمّة أهل البيت.

المسألة الثامنة: في بيع المبتاع بالثمن المؤجّل من البائع:

إذا ابتاع عيناً شخصية بثمن مؤجّل هل يجوز بيعه من بائعه أو غيره أو لا؟ وإليك صور المسألة:

يكون البيع تارة قبل حلول الأجل وأُخرى بعده، وعلى الصورتين فتارة يبيع

بجنس الثمن وأُخرى بغيره، وعلى الفروض الأربعة يكون الثمن تارة مساوياً أو زائداً أو ناقصاً، وعلى الصور الاثني عشر تارة يبيع حالاً وأُخرى مؤجّلاً، وهذه أربعة وعشرين صورة ولو أضفنا إليه اختلاف المشتري وأنّه يباع تارة من البائع الأوّل وأُخرى من غيره تنتهي الصور إلى ثمانية وأربعين صورة والمهم هو البيع من البائع لا من الأجنبي.

وأمّا الأقوال:

١ـ الجواز مطلقاً ووصفه في الجواهر بقوله: «بلا خلاف أجده فيه» كما اعترف به في الرياض والمحكي عن مجمع البرهان، بل في الأخير كان دليله الاجماع [١].

٢ـ الجواز بشرط المساواة في الثمن إذا باعه من البائع دون غيره، نسب إلى عبارة الشيخ في النهاية [٢] ولعلّ عبارتها ناظرة إلى الإقالة لا البيع، والمساواة شرط في الأُولى دون الثاني.

٣ـ عدم جواز البيع إلاّ إذا حلّ الأجل وهو خيرة سلار في المراسم [٣].

٤ـ الجواز في غير الطعام مطلقاً وأمّا فيه، فيجوز مع المساواة، قال في الخلاف: إذا باع طعاماً قفيزاً بعشرة دراهم مؤجّلة، فلمّا حلّ الأجلّ أخذ بها طعاماً جاز ذلك إذا أخذ مثله فإن زاد عليه لم يجز [٤].

١ـ الجواهر: ٢٣/ ١٠٨.

٢ـ النهاية: ٣٨٨.

٣ـ المراسم: ١٧٤.

٤ـ فلو كان الطعام المأخوذ نفس المبيع سابقاً كان داخلاً في المسألة وإلاّ كان داخلاً في معاوضة المتجانسين مع زيادة.

وقـال الشـافعي: يجوز على القـول المشهـور، ولم يفصّل ، وبـه قـال بعض أصحابنا.

وقال مالك: لا يجوز، ولم يفصّل.

دليلنـا: اجماع الفـرقة واخبـارهـم، ولأنّ ذلك يـؤدّي إلى بيع طعـام بطعـام فالتفاضل فيه لا يجوز.

والقول الآخـر لأصحابنا قويّ، لأنّـه بيع طعام بدراهم في القفيـزين معاً، لا بيع طعام بطعام فلا يحتاج إلى اعتبار المثلية [١].

وأُضيف أنّ مـا قـوّاه من الجواز مطلقـاً هو الـذي منعـه في المبسوط وقـال: لا يجوز بيعــه، وتبعــه ابـن البراج وقــال: إذا بـاع طعــامــاً بخمســة دراهــم مؤجّلاً، وحلّ الأجل فأخذ بها طعاماً مثل ما أعطاه كان جائزاً ، وإن أخذ أكثر لم يجز [٢].

هذه هي الأقوال، لنذكر أدلّة القول الأوّل.

يمكن الاستدلال على الصحّـة مطلقاً مضافـاً إلى العمومات والاطـلاقات الواردة في الكتاب والسنّة، بروايات خاصّة:

١ــ صحيحـة بشار بـن يسـار قـال: سألت أبـا عبـد الله ـعليه السلامـ عــن الـرجل يبيـع المتـاع بنسأ فيشتريـه مـن صـاحبـه الـذي يبيعـه منـه؟ قـال: نعم لا بأس به، فقلــت: أشــتري متــاعي؟ فقــال: ليــس هــو متــاعك ولا بقــرك

١ـ الخلاف: ٣/ ١٠١ كتاب البيوع المسألة ١٦٦.

٢ـ القاضي ابن البراج: المهذب: ١/ ٣٩١ ، لاحظ المختلف كتاب التجارة/ ١١٦.

ولا غنمك[١].

واطلاق الرواية يشمل جميع الصور والرواية صحيحة، ومحمد بن إسماعيل، الوارد في السند هو ابن بزيع، بقرينة رواية محمد بن الحسين عنه، وروايته عن منصور بن يونس[٢].

٢ـ وصحيحة منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله ـ عليه السلام ـ: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، فأتى الطالب المطلوب، يتقاضاه، فقال له المطلوب: أبيعك هذا الغنم بدراهمك التي لك عندي، فرضي؟ قال: لا بأس بذلك[٣].

والاستدلال مبنيّ على كون الغنم المباع ثانياً، نفس الغنم المباع سابقاً. والجارّ في قوله «من ثمن غنم اشتراها» بيانية أي من جانب غنم اشتراها، واطلاق الرواية يشمل جميع الصور.

٣ـ خبر الحسين بن المنذر قال: قلت لأبي عبد الله ـ عليه السلام ـ : يجيئني الرجل فيطلب العينة، فأشتري له المتاع مرابحة ثمّ أبيعه أيّاه ثم أشتريه منه مكاني؟ قال: إذا كان بالخيار، إن شاء باع وإن شاء لم يبع وكنت أنت بالخيار، إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتر فلا بأس، فقلت: إنّ أهل المسجد يزعمون أنّ هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح؟ قال: إنّما هذا

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أحكام العقود، الحديث ٣.

٢ـ لاحظ تنقيح المقال: ٣/ ٨٢.

٣ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أحكام العقود، الحديث ١، وسند الصدوق إلى منصور بن حازم صحيح تفرّد به العلاّمة ولكن رواه الشيخ عن الحسين بن سعيد وسنده إليه صحيح.

تقديم وتأخير فلا بأس[1].

ورواية قرب الإسناد عن موسى بن جعفر ـ عليه السلام ـ قال: سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس.

ورواه علي بن جعفر في كتابه أنّه قال: «بعشرة دراهم إلى أجل ثمّ اشتراه بخمسة بنقد»[2].

واطلاق الروايتين يعم جميع الصور لولا أنّ الأخير صريح في الاشتراء بالنقصان، وهذه الروايات مضافاً إلى الاطلاقات والعمومات، كافية في اثبات القول المشهور.

وأمّا الأقوال الأُخرى فقد نسب إلى عبارة الشيخ في النهاية أنّه منع عن البيع بنقصان إذا حلّ الأجل، وقد عرفت عدم ظهوره في البيع بل من المحتمل أنّه ناظر إلى الإقالة أوّلاً، ورواية ابن حازم واردة في ما إذا حلّ الأجل وهو الذي منعه الشيخ حسب عبارة النهاية، ثانياً.

وأمّا ما نسب إلى سلار من عدم الجواز حتى يحل، فهو محجوج بصحيحة بشار بن يسار ورواية الحسين بن المنذر، فقد وردتا في المؤجّل الذي لم يحلّ أجله خصوصاً الثانية، فإنّ قوله: «ثمّ أشتريه في مكاني» ظاهر في الاشتراء بعد البيع الأوّل بلا فصل.

---

١ و ٢ـ الوسائل: ج١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ ورجال السند موثّقون، غير الحسين بن المنذر، والحديث ٦، وربّما يستدل على الحكم بخبر يعقوب بن شعيب (وهو لم يوثّق) ولكن الشيخ الأعظم تأمّل في دلالته لعدم القرينة على وحدة المباعين. فلاحظ الوسائل الجزء ١٣، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

بقيت هنا روايات ربّما يتخيل كونها دالّة على فتوى الشيخ في الخلاف وهي:

١ـ رواية خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله ـعليه السلامـ عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل مسمّى فلمّا حلَّ الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام فاشتره منّي؟ فقال ـعليه السلامـ : لا تشتره منه فإنّه لا خير فيه [1].

يلاحظ عليه: أنّه لا دلالة لها على مطلوب الشيخ **أمّا أوّلاً**: فلأنّه ليس فيها اشعار بوحدة الطعامين أي كون المشترىٰ نفس المباع أوّلاً لو لم نقل بتعدّدهما لتنكّرهما والأخذ باطلاقه، خلاف الاجماع إذ لم يقل أحد: انّه إذا باع رجل من آخر طعاماً مؤجّلاً ليس له أن يشتري بدراهمه طعاماً آخر ولو من جنسه.

وأمّا ثانياً: فلأنّ ظاهرها المنع مطلقاً من غير فرق بين صورة المساواة وغيرها، والشيخ خصّ المنع بغير صورة المساواة ولا محيص من حمل النهي على الكراهة، لأنّه أشبه بمبادلة طعام بطعام وربّما يزيد وينقص.

٢ـ رواية عبد الصمد بن بشير: سأله محمد بن القاسم الحناط فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل فأجيئ به وقد تغيّر الطعام من سعره، فيقول: ليس عندي دراهم؟ قال: خذ منه بسعر يومه، قال: أفْهَمُ أصلحك الله إنّه طعامي الذي اشتراه منّي، قال: لا تأخذ منه حتّى يبيعه ويعطيك، قال: أرغم الله أنفي رخّص لي فرددت عليه فشدّد عليّ [2].

أمّا فقه الحديث فنقول: إنّ المراد من «التغيّر» هو ارتفاع قيمة الطعام عن السعر الذي اشترى به.

١ و ٢ـ الوسائل: الجزء ١٣، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٣ و ٥.

ولما عرض المشتري على البائع أن يأخذ بدل دراهمه طعاماً، أراد أن يأخذه بسعر اليوم الذي باعه منه فنهاه الإمام عنه وأمره بأن يأخذ منه بسعر يومه، ولمّا عاد الراوي إلى الإمام واحتجّ عليه بأنّه يشتري نفس طعامه الذي باعه منه ـ أمس مثلاً ـ (فكيف لا يجوز أن يشتري منه بسعر اليوم الذي باعه منه) ؟ نهاه الإمام أيضاً وأمره بالصبر إلى أن يبيع طعامه من الغير حتى يؤدّي دينه منه، وقال: «لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك».

ومع أنّ نهي الإمام «لا تأخذ» كان نهياً عن الاشتراء بالسعر السابق، لا بسعر يومه الحاضر، ولكن فهم الراوي أنّ الإمام نهاه عن الاشتراء مطلقاً أي بكلا السعرين، قال: «أرغم الله أنفي، رخّص لي (الشراء بسعر يومه) فرددت عليه فشدّد عليّ» (ونهى عن مطلق الشراء) [1].

إذاً عرفت هذا تقف على أنّ الحديث على خلاف مطلوب الشيخ أدلّ حيث جوّز الشراء بسعر يومه، وبعبارة أُخرى: الحديث نصّ في وحدة المبيعين وجوّز الشراء بسعر يومه وربّما يكون أنقص ممّا اشترى به أو أزيد، كما هو المفروض في الرواية.

٣ـ رواية علي بن جعفر : سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة، أيأخذ بقيمته دراهم؟ قال: «إذا قوّمه دراهم فسد، لأنّ الأصل الذي يشتري [2] به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم» [3].

وليس في الرواية أنّ الرجل الذي في عهدته تمر أو شعير أو حنطة،

١ـ لاحظ تعليقة الشهيدي/ ٦٠٧.

٢ـ وفي بعض النسخ «اشترى به» وهو أجود.

٣ـ الوسائل: الجزء ١٣، الباب ١١، من أبواب السلف الحديث ١٢.

اشتراها من آخر، غير من يريد أن يشتري منه بل الظاهر منها وحدتهما فيرجع إلى هذه الصورة قد تقتضي المنع مطلقاً من غير فرق بين صورتي الزيادة والنقيصة وغيرهما. وهو ما لم يقل به أحد حتى الشيخ.

وبالجملة: هذه الروايات لا تصلح سنداً في مقابل العمومات والاطلاقات والروايات الخاصّة.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم صار بصدد تصحيح ما أفاده الشيخ الطوسي في النهاية والخلاف بضابطة مستخرجة من حرمة البيع بالتفاضل، من رواية علي بن جعفر التي تعرّفت عليها وحاصله: أنّه لا يجوز أن يبيع ما اشتراه من البائع متفاضلاً إذا كان الثمن من جنس واحد، وإنّه كما يحرم التفاضل في الجنس الربوي كالدراهم، كذلك يحرم في عوضه كالطعام وأنّ حكم العوض حكم ذلك الجنس.

ثمّ أتى بمثالين أحدهما راجع إلى بيع السلف، والآخر إلى بيع النسيئة، ففي الأوّل: لا يجوز للمشتري أن يأخذ إلاّ مثل الثمن الذي دفعه إلى البائع، وفي الثاني: لا يجوز للبائع أن يأخذ إلاّ مثل الطعام [1] الذي دفعه إلى المشتري، فالتفاضل في جانب الدرهم، في المثال الأوّل، وفي جانب الطعام في المثال الثاني غير جائز لكونه بحكم الربا.

كل ذلك استناداً إلى رواية علي بن جعفر قال: سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة، أيأخذ بقيمته دراهم؟قال:إذا قوّمه دراهم فسد،لأنّ الأصل

١ـ وتعبير الشيخ يوهم الفرق بين المثالين وانّ الممنوع في الأوّل هو التفاضل لا مطلقاً، ولكن الممنوع في الثاني هو مطلق المبادلة ولو كانا متساويين، ولعلّه تبعاً لرواية علي بن جعفر الظاهرة في النهي مطلقاً لكن ذيله صريح في خصوص التفاضل.

الذي يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم»[1] وربّما كان فيه زيادة أو نقصان وذلك ربا.

والرواية واردة في مورد السلف، والذيل صريح في النهي عن التفاضل، لا مطلقاً فإذا كان الحكم في مورد السلف كذلك يكون مثله في مورد النسيئة الذي هو مورد البحث فلا يجوز للبائع أن يشتري بدراهمه التي على ذمّة المشتري طعاماً منه بالتفاضل لأنّه يكون باع طعاماً بطعام لبّاً، وإن كان الظاهر على خلافه وهو أنّه باع طعاماً بدراهم، ثمّ اشترى بها طعاماً سواء كان نفس ذلك الطعام أو غيره.

وبذلك يظهر عدم الفرق بين الصورة الثانية اشتراء نفس ما باعه منه أو اشتراء مجانسه منه، ولا فرق بين حلول الأجل أو بعده كما لا فرق بين النقصان والزيادة.

وأمّا تقييد التفاضل في عبارة النهاية بالنقصان، لكونه الغالب في أخذ الجنس مكان الدراهم التي في ذمّة صاحب الجنس بخلاف الآخر أي أخذ الدراهم مكان الطعام بالسلف، فإنّ الغالب فيه هو الزيادة ولأجل ذلك لم يمنع عن اشتراء المتاع الآخر في الحال قال: «فإن أخذ في المبتاع متاعاً آخر (من جنس آخر) بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس».

هذا غاية توضيح لكلام الشيخ ولعمر الحق إنّ الشيخ بلغ في الدّقة إلى القمّة، ولو كان التعبير يرافق الدقّة، لكان ممتازاً في التأليف ولكن التعبير فوق ذهن المتعلّم ولأجل ذلك أوضحنا المقام ــ مع أنّه ليس من واجب المحاضر في المسائل الاجتهادية.

١ـ الوسائل: ج١٣، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٢.

المسألة التاسعة: فيما إذا اشترط الشراء في البيع:

نسب إلى المشهور استثناء صورة اشتراط في البيع الأوّل، وقد استدل على البطلان بوجوه:

١ـ استلزامه الدور. وقرّره العلاّمة في التذكرة: بأنّ بيع المشتري المبيع من البائع الأوّل يتوقّف على ملكيّة المشتري له إذ لا بيع إلاّ في ملك، مع أنّ ملكيته متوقّفة على بيعه.

وقد أُجيب عنه: بأنّ ملكيّة المشتري تتوقّف على الانشاء التام من الطرفين، نعم لزومه يتوقّف على العمل بالشرط فلو لم يعمل بالشرط ولم يبع كان للبائع الخيار.

وبعبارة أُخرى: أنّ الشرط في قوله: «بشرط أن يبيع لي ثانياً» ليس شرطاً أُصولياً متوقّفاً عليه الملكية، وإنّما هو شرط فقهي أي يطلب البائع إيجاده وتحقيقه في الخارج وفي مثله لا تتوقّف الملكية على وجود الشرط.

٢ـ عدم قصد البائع بهذا الشرط إلى حقيقة الإخراج عن ملكه حيث لم يقطع علاقة الملك.

يلاحظ عليه: أنّ المفروض تمشّي القصد ...

٣ـ الاستدلال برواية الحسين بن المنذر وفيها: «إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتر، فلا بأس»[1].

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

وبرواية علي بن جعفر حيث جاء فيها: «إذا لم يشترط ورضيا»[١].

وقد أُجيب عن الاستدلال برواية الحسين بن المنذر بوجوه:

١ـ بمنع دلالة البأس على المنع.

٢ـ تضمّنها لاعتبار ما لا يقول به أحد من عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع.

وردّ بأنّه لا فرق بين اشتراطه واشتراط البائع.

٣ـ بأنّ الظاهر صحّة الشرط وكونه ملزماً وإن كان حراماً، وعندئذ تكون الحرمة تكليفية لا وضيعة.

وأُجيب: بأنّه خلاف الظاهر.

٤ـ ما أجاب به الشيخ بقوله: «نعم يمكن أن يقال بعد ظهور سياق الرواية الخ».

والجميع لا يخلو من اشكال وقد عرفت بعضه. والأولى أن يقال: إنّ الاشتراط دليل على أنّ قصد المتبايعين في البيعين هو أكل الربا ولأجل ذلك يبيع مؤجّلاً، ويشتري معجّلاً بنقصان، ويصل إلى مأربه ومقصده، من أكل الربا، فلأجل ذلك قيّد الإمام الصحّة بعدم الاشتراط. وتؤيّده رواية يونس الشيباني فلاحظ[٢].

---

١ و ٢ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦ ، ٥.

الفصل الرابع عشر

القول في حقيقة القبض

- □ القول في وجوب القبض.
- □ في وجوب تسليم المبيع مفرّغاً.
- □ إذا كان المبيع أرضاً مشغولة بالزرع.
- □ في امتناع البائع عن التسليم.

□ أحكام القبض:

- □ انتقال الضمان من البائع إلى المشتري.
- □ تلف الثمن المعيّـن قبل القبض.
- □ حكم ضمان العوضين في غير البيع.
- □ تلف بعض المبيع قبل قبضه.
- □ إذا تعيّب بفعل شخص.
- □ في بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه.
- □ في اختصاص الحكم با لمبيع الشخصي و عدمه.
- □ هل المنع يشمل الثمن أو لا؟
- □ لو دفع الدراهم إلى من له عليه طعام لاشترائه.
- □ لو طالب المتاع في غير بلد الاستحقاق.

القول في حقيقة القبض

قد وقع القبض موضوعاً لعدة من الأحكام فيجب على الفقيه تنقيح مفهومه حتى يتّخذ ضابطة كليّة في جميع الموارد وإليك الالماع إلى بعضها:

١ـ تلف المبيع قبل القبض من مال بائعه [١].

٢ـ إذا باع ولم يقبض المثمن ولا الثمن فالأجل بينهما ثلاثة أيّام، وإلاّ فلا بيع بينهما [٢].

٣ـ النهي عن بيع ما اشتراه قبل قبضه [٣].

٤ـ يشترط في صحّة الصرف، التقابض في المجلس ولو بقبض الوكيل [٤].

٥ـ النهي عن بيع المتاع المسلم فيه قبل قبضه [٥].

٦ـ شرط لزوم الوقف قبض الموقوف عليه أو وليّه، فإذا مات الواقف قبل

---

١ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار وغيره.

٢ ـ المصدر نفسه: الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٣ ـ المصدر نفسه: الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٦ وغيره.

٤ ـ المصدر نفسه: الباب ٢ من أبواب الصرف، والوارد فيه «يداً بيد» هو عبارة أُخرى عن التقابض والباب ٥ من تلك الأبواب فقد ورد فيه قبض الوكيل.

٥ ـ المصدر نفسه: ج ١٣، الباب ١٠ من أبواب السلف، الحديث ١.

القبض بطل الوقف، وإذا وقف على ولده الصغار كان قبضه كافياً[1].

إلى غير ذلك من الموارد التي يقف عليها الفقيه في سيره في كتب الفقه وأبوابها.

فنقول:

أمّا القبض في اللغة فالجوهري في صحاحه يفسّره بـ «خلاف البسط» ولعلّه أخذه من الذكر الحكيم، قال سبحانه: ﴿**والله يقبضُ ويبسِطُ وإليهِ تُرجَعُون**﴾ (البقرة/ ٢٤٥).

وفي النهاية لابن الاثير: القبض: الأخذ بجميع الكف.

والقبضة: ما قبضت عليه من شيء يقال: أعطاه قبضة من سويق أو تمر، أي كفّاً منه، قال سبحانه: ﴿**بَصُرْتُ بِما لم يَبصُرُوا بِهِ فَقَبَضتُ قَبضةً مِنْ أَثَرِ الرَّسُولِ فَنَبَذتُها وكذلكَ سَوَّلَتْ لي نفسي**﴾ (طه/ ٩٦) وفي اللسان «والقبضة: ما تأخذ بجميع كفّك كلّه».

ومن المعلوم أنّ القبض بهذا المعنى غير مقصود في جميع هذه الأبواب، فإنّ القبض باليد وإن كان هو الغالب في باب الصرف والسلم، ولكنّه غير متحقّق في بيع المزارع والبساتين الفاقدة للباب والجدران، ومثلها وقف الأنهار والآبار، وبيعها وقد نقل الشيخ أقوال الفقهاء في حقيقة القبض وأنهاها إلى ثمانية، ولكنّ الأولى ارجاعها إلى معنى عام موجود في جميع الموارد وهو الاستيلاء. وإن كان مصاديقه يختلف حسب اختلاف الموارد فهو في المكائن والمصنوعات الكبيرة بشكل، وفي المزارع والبساتين بنحو آخر، وفي المجوهرات والذهب والفضّة بوجه

---

١ ـ الوسائل: ج ١٣، الباب ٤، من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ١ وغيره.

ثالث، وفي الخضراوات والفواكه بشكلٍ رابع، فالملاك صدق الاستيلاء على المبيع أو ما يشترط فيه القبض أو التقابض، ويكفي في قبض النقود والمصارف كالدولار والريال الايداع في حساب الشخص في بنك من البنوك.

ولأجل ذلك نرى أنّ البحث في الموارد والمصاديق غير لازم والمرجع هو العرف عند الشك.

وما أفاده السيّد الاصفهاني من أنّه لايبعد كفاية التخلية في مقام وجوب تسليم العوضين على المتبايعين بحيث يخرج عن ضمانه وعدم كون تلفه منه وإن لم يكتف بذلك في سائر المقامات التي يعتبر فيها القبض [1] إنّما يتمُّ في مثل الحبوب والفواكه والمنسوجات لا في غيرها ممّا يتوقّف على تحرير اتفاقيّةٍ رسميّةٍ في إحدى المحاضر الحكومية، فكل تلف قبل ذلك فهو من مال بائعه.

اشكالان:

١ـ لو كان الاستيلاء كافياً في القبض وترتّب أثره، فلماذا قال الإمام بلزوم الإخراج عن البيت في رواية عقبة بن خالد حيث قال في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال: آتيك غداً، إن شاء الله فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: «من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته» [2] فلو كان الاستيلاء كافياً فقد خلّى بينه وبين المتاع ولكنّه ترك المتاع عند البائع ولم يقبضه.

ولكن الاجابة واضحة، لأنّ التخلية في أمثال الموارد ـ مع كون المتاع في بيت

---

١ ـ وسيلة النجاة: ٢/ ٣٤.

٢ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

البائع لا يُحقق إلاّ القدرة على الاستيلاء لا نفسه، وأمّا الاستيلاء فهو لا يتحقّق إلاّ بسلب استيلاء البائع عنه، والمفروض في الرواية عدمه وأنّ البائع لأجل كون المتاع في بيته مسؤول عليه.

٢ـ يظهر من الروايات الواردة في المكيل والموزون، أنّ الاستيلاء عليهما غير كاف في تحقّق القبض بل لابدّ من كيله ووزنه، وأنّ كيل البائع الأوّل ووزنه غير كافٍ في البيع الثاني، بل لابدّ للبائع الثاني من كيله ووزنه ثانياً إلاّ أن يولّى المشتري الثاني، وتدلّ عليه روايات.

منها صحيحة معاوية بن وهب عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ : عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلاّ أن تولّيه الذي قام عليه [1].

والجواب: أنّ المقصود هو اشتراط صحّة بيع المكيل والموزون بالكيل والوزن، لا أنّ القبض يتحقّق بهما، توضحها صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ أنّه قال في الرجل يبتاع الطعام ثمّ يبيعه قبل أن يُكال، قال: لا يصلح له ذلك [2] والرواية صريحة في النهي عن البيع قبلهما لا أنّ القبض متوقّف عليهما، ولو كان في بعض الروايات [3] اشعار بالتوقّف فهي مفسّرة ببعض أُخرى [4].

ولعلّ ما ذكره الشهيد الثاني في المقام الذي نقله الشيخ الأعظم، ألصق بالروايات فلاحظ.

---

١ و ٢ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١١ و ٥ والمراد من الكيل والوزن هو الثاني منهما وإلاّ فالمفروض أنّ البائع الأوّل كاله أو وزنه للبائع الثاني.

٣ـ كرواية منصور بن حازم.

٤ـ كرواية أبي بصير، ورواياتهما في الباب ١٦ الحديث ١ و ١٢ و ١٦.

القول في وجوب القبض

لا شكّ أنّه إذا تمّ العقد، يصير كلّ من المبيع والثمن ملكاً للآخر، فالعقد سبب تام لمالكية كلٍّ لما في يد الآخر إلاّ ما شرط الشارع فيه القبض كالصرف والسلم، فإنّ القبض فيهما جزء متمّم لحصول الملكية، ولولا القبض لما حصلت الغاية، وأمّا غيرهما فالانشاء القولي سبب تام للنقل والانتقال القانونيين، فعلى ذلك فلو طلب المشتري المثمن، يحرم على الآخر امساكه لأنّه إمساك لمال الغير بغير إذنه، ويجب عليه التسليم، وهذا ممّا لا اشكال فيه. إنّما الكلام في تعيين من تجب عليه المبادرة فللمسألة صورتان:

١ـ إذا كان كل من المتبايعين باذلاً ولكن اختلفا في المبادرة بأن قال كل منهما: لا أدفع حتى أقبض.

٢ـ إذا كان أحدهما باذلاً والآخر غير باذل.

أمّا الأُولى ففي من تجب عليه المبادرة أقوال:

ألف: ما ذكره الشيخ في الخلاف من أنّه يجب على البائع تسليم المبيع أوّلاً سواء كان الثمن عيناً أو في الذمّة، لأنّ الثمن إنّما يستحقّه البائع في مقابل المبيع،

فيجب أوّلاً تسليم المبيع ليستحق الثمن [١].

يلاحظ عليه: أنّه يمكن قلب الدليل عليه بأن يقال: إنّ المشتري إنّما يستحقّ المبيع في مقابل الثمن فيجب أوّلاً تسليم الثمن ليستحق المبيع، ولأجل وضوح الاشكال على الدليل فسّره الشيخ بانصراف العقد إلى ذلك ـ وقال ـ: ولذا يتعجّبون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع.

ولكنّه غير تام لاختلاف العادات باختلاف الظروف والبيئات، وربّما يتعجّبون من مطالبة المبيع قبل دفع ثمنه.

ب: يجب على كل واحد منهما التسليم سواء سلَّم الآخر أو لا، وهو خيرة المحقّق الأردبيلي، واستجوده المحدّث البحراني ، قائلاً: بأنّ ثبوت الانتقال بالعقد يقتضي وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر وعدم جواز الحبس حتى يقبض حقّه، وجواز الأخذ لكلٍّ حقَّه، من غير اذن الآخر إن أمكن له على أيّ وجه كان، لأنّ ذلك مقتض الملك ومنع أحدهما الآخر وظلمه لا يستلزم جواز ظلم الآخر ومنعه حقه [٢].

وأورد عليه الشيخ: بأنّ عقد البيع مبني على التقابض، وكون المعاملة يداً بيد، فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارناً لتسليم صاحبه، والتزم على صاحبه أن لا يسلّمها مع الامتناع فقد ثبت باطلاق العقد لكل منهما حقّ الامتناع مع امتناع صاحبه.

أقول: كان المحقّق الأردبيلي خلط باب البيع بباب الهبة المعوّضة، فإنّ الفرق بينهما واضح، فإنّ التمليك في البيع، يقابل تملّك الثمن وبما أنّ صرف التمليك أو

١ـ الطوسي: الخلاف ٣/ ١٥١ كتاب البيوع المسألة ٢٣٩ ولاحظ المختلف ١١٧، الفصل السادس عشر من كتاب التجارة.

٢ـ البحراني: الحدائق الناضرة: ١٩/ ١٥٢.

التملّك لا يفي بالغرض بل لا يتم إلاّبالتسليم والتسلُّم، يكون التسليم في مقابل التسلّم، والغرض الأسنى هو التمليك والتملّك المتعاقبان بالتسليم والتسلّم، وعلى ذلك فلم يلتزم بالتسليم المطلق سواء أسلّم الآخر أم لا، بل التزم بالتسليم المشروط، شرطاً ضمنياً.

وأمّا باب الهبة المعوّضة، فإنّ التمليك هناك مطلق سواء ملّك الآخر أو لا، غاية الأمر يكون تمليك الآخر داعياً للتمليك لا عوضاً مقابلاً، ولأجل ذلك يسمّى بالهبة والهدية، وإلاّ لما كان لهذه التسمية وجه، وعلى ذلك فلا وجه لوجوب التسليم على كل واحد على وجه الاطلاق، سواء سلَّم الآخر أو لا.

ج:ما ذكره الشيخ الأعظم من أنّه يجب على كل منهما مشروطاً، وهو الظاهر من عبارة المحقّق في الشرائع حيث قال: «اطلاق العقد يقتضي وجوب تسليم المبيع والثمن» ، واختاره صاحب الجواهر وقال: «الظاهر ــ باعتبار كون العقد عقد معاوضة ـ وجوب التقابض معاً دفعة كما لو حصل لهما الملك به كذلك» [1]، وذلك بدعوى أنّ تسليم كلّ من البائع والمشتري العوض للآخر، مشروط بتسليم العوض إيّاه، حسب بناء العقلاء، فإذا امتنع أحدهما من التسليم فللآخر أن يمتنع لذلك، فلا وجه بالوجوب على وجه الاطلاق إلاّ إذا كان هنا تعارف على تقديم تسليم واحد منهما فيتبع ويكون قرينة حالية .

وقد ظهر وجهه ممّا سبق.

ثمّ إنّه إذا كان أحدهما مؤجّلاً دون الآخر، لا يجوز لغير المؤجّل حبس ما لديه كما أنّه لو لم يتّفق تسليمه حتى حلّ الأجل، فليس له أيضاً الحبس، لأنّ غير المؤجّل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجّل أصلاً، سواء حلّ

١ـ جواهر الكلام: ٢٣/ ١٤٤.

أجل الآخر أو لا ... وهذا النوع خارج عن موضوع البحث، لأنّه إنّما إذا كان كلّ من التسليمين مشروطاً والأمر في البيع بالنسيئة أو السلف ليس كذلك بل البائع في الأوّل والمشتري في الثاني أقدما على التسليم مطلقاً.

وأمّا الصورة الثانية، أعني: ما إذا كان أحدهما باذلاً دون الآخر، فيجبر الحاكم الممتنع عن التسليم به إذا رفع الشكوى إليه من باب الحسبة، لأنّ حبس مال الغير بلا عذر حرام.

ثمّ إنّه إذا كان البائع باذلاً دون المشتري لكنّه أخذ المثمن من البائع بلا إذن منه، فيقع الكلام في أمرين:

١ـ هل يصدق عليه القبض المعتبر موضوعاً لعدة آثار كالبيع قبل القبض وبعده؟

٢ـ هل يجوز فيه التصرّف أو لا ؟

أمّا الأوّل، فلا تترتّب عليه آثار القبض الشرعي كالبيع بعد القبض، فإنّه منصرف إلى القبض المشروع لا القبض المحرّم، والمشروع لا يتحقّق إلاّ بأحد أمرين إمّا باقباض ما في يده إذ عندئذ يستحق أن يأخذ ماله من يد صاحبه بلا إذن أيضاً، وإمّا بإذن من بيده المال وكلاهما منتفيان.

وأمّا التصرّف، فلا شك أنّه جائز لكونه ماله، ما لم يفسخ الآخر، نعم للآخر عند عدم دفع الثمن، فسخ البيع لما عرفت من أنّ المبادلة كان مشروطاً بشرط ضمني أي دفع المقابل، وإن لم يصرح به، فمخالفة هذا الشرط يوجب جواز الفسخ للآخر.

نعم لو لم يفسخ أُجبر الآخذ على ردّ العين لأنّ للآخر حقّ الفسخ والتوقّف حتى يأخذ حقّه.

في وجوب تسليم المبيع مفرّغاً

إذا كان القبض والتسليم هو استيلاء المشتري على المبيع، فهو يتحقّق بنفس الاستيلاء، سواء أكان المبيع مشغولاً بمال البائع أم لا. اللّهمّ إلاّ إذا كان الإشغال على وجه يمنع عن صدق الاستيلاء ولعلّه نادر، و على ذلك فالتفريغ من مال البائع شيء وراء التسليم و إن كان تعبير المحقّق في الشرائع يعرب عن كونه قيداً للتسليم. ويدل على وجوبه أُمور:

١ـ حكم العقلاء بلزوم تسليم العين فارغة عن كل شيء خصوصاً إذا كان مانعاً عن الانتفاع و إليه جنح سيّدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ.

٢ـ وجود الشرط الضمني في نفس العقد كأصل التسليم، فإنّ الغرض من البيع هو الانتفاع المتوقّف على كون المبيع مفرّغاً من كل مال مزاحم.

٣ـ حرمة إشغال مال الغير فيكون التفريغ واجباً بالملازمة، لأنّ الاشغال نوع تصرّف من غير فرق بين الحدوث والبقاء، فعلى ضوء هذا فعلى البائع نقل متاعه من البيت بلا تراخ لا يتسامح عرفاً.

ولو تراخى على وجه لا يتسامح لكن بلا تقصير، فإن كان المشتري عالماً

بكون البيت مشغولاً بالمتاع ومع ذلك أقدم على البيع، فلا شيء له، وإن فات عليه بعض منافعه، وإن كان جاهلاً وصار سبباً لفوات بعض المنافع كان المشتري مخيّراً بين الفسخ وأخذ الأُجرة، أمّا الفسخ فلأجل أحد الوجهين المذكورين، وأمّا الأُجرة، فلأجل تفويت المنافع، ولأجل ذلك قال الشيخ: «وفي ثبوت الأُجرة، لو كان لبقائه أُجرة إلى الفراغ وجه».

وربّما يحكم بعدم استحقاق الأُجرة قياساً بما إذا باع العين المستأجرة قبل تمام الأجل، فإنّ الأُجرة للبائع لا للمستأجر، غاية الأمر له حقّ الفسخ، فهكذا المقام.

ولكن القياس خاطئ كما نبّه به المحقّق الايرواني، فإنّ المنافع إذا كانت مستحقّة للغير عند البيع (كما في الاجارة قبل تمام الأجل) لا تتبع العين ـ ثبوتاً ـ في الدخول في ملك المشتري، ليستحقّ عليها الأُجرة، غاية الأمر له حقّ الفسخ عند ظهور الخلاف، بخلاف المقام، فإنّ المنافع تتبع العين في الدخول في ملك المشتري تبعاً للعين فيستحقّ الأُجرة إذا أمضى المعاملة [1].

وبعبارة أُخرى: إذا كانت المنافع ـ عند البيع ـ في العين المستأجرة ملكاً للغير، فلا تكون تابعة للعين، بخلاف المقام.

هذا كلّه إذا كان التراخي عن قصور، وأمّا إذا كان عن تقصير فهو بالخيار ، بين الفسخ واسترجاع الثمن أو أخذ الأُجرة من غير فرق بين العالم والجاهل، فإنّ الأوّل لم يقدم على التأخير في التفريغ عمداً.

١ـ تعليقة المحقق الايرواني: ٢/ ٨١.

إذا كان المبيع أرضاً مشغولة بالزرع

إذا كـان المبيع أرضاً مشغـولـة بالـزرع للبائع فـإن بلغ حصاده يجب عليـه الحصاد والتفريغ، ومع الامتناع أُجبر عليه، ومع عدم امكان الجمع، حصده وأخذ أُجرة الحصاد و إن لم يبلغ أوانه فله صورتان:

١ـ إذا كان الزرع بعد البيع وقبل الحصـاد، فحكمه واضح لأنّه غاصب لا حرمة لعرقه.

٢ـ إذا كـان الزرع قبل البيع فـان كان المشتري عـالماً بوجود الـزرع للبائع، فعليه الصبر إلى أوان حصـاده لانصراف العقد إلى البقـاء حتى يحصـد مجّاناً، إنّما الكلام إذا كان جاهلاً بوجود الزرع أو الشجر فهناك احتمالات:

١ـ يجوز للمشتري قلعه بلا ارش وابقاؤه بلا أُجرة.

٢ـ يجوز للمشتري قلعه بلا ارش وابقاؤه مع الأُجرة.

٣ـ للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء مع الأُجرة.

٤ـ للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء بلا أُجرة.

٥ـ ملاحظة أكثر الضررين فيقدّم الأكثر على الأقل.

هذه هي محتملات المسألة، ولعلّ هناك محتملات أُخرى لم نذكرها.

أمّا الأوّل: فلأنّ العرق و إن كان غير ظالم حدوثاً، لكنّه ظالم بقاءً وذلك لأنّ بيع الأرض، عبارة أُخرى عن نقل منافعها إلى المشتري تبعاً لها، فكأنّ البائع التزم بتسليم منافعها إليه، الملازم لفراغها عن كلّ شيء وتسليمها مشغولة بالزرع يعدّ خداعاً وتغريراً، وفي مثل ذلك لا حرمة لماله، وبذلك يفترق عن العلم بالزرع إذ ليس هناك أيّ تغرير، وأمّا عدم الأُجرة فلأنّ حقّه القلع، فلو أبقى لم يكن له الزام الآخر بالأُجرة وما ذكر خيرة المحقّق الايرواني [1].

وأمّا الثاني: أمّا من حيث القلع بلا ارش فقد مرّ وجهه، وأمّا جواز أخذ الأُجرة فلأنّ بقاءه فيها تفويت لمنافع العين وهو موجب للضمان، وحقّه و إن كان منحصراً في القلع لكنّهما إذا رضيا بعدم القلع في مقابل الأُجرة تتعلّق الأُجرة بالبقاء، نعم ليس له أخذ الأُجرة بلا رضا من البائع، وفي مثله يصح أن يقال إنّ حقّه منحصر في القلع.

وأمّا الثالث: فوجه الخيار هو ما عرفت من كون الفراغ حكماً عقلائياً أو شرطاً ضمنياً، فالتخلّف يوجب الخيار بين الفسخ وأمّا الامضاء وأخذ الأُجرة فقد مرّ وجهه في الاحتمال الثاني.

ومع ذلك فالأولى هو الجمع بين الوجه الثاني والثالث بأن يقال: إنّه مخيّر بين الفسخ والامضاء، ومعه له القلع بلا ارش أو الاجارة مع الأُجرة إذا رضيا، وهذا أظهر الاحتمالات، وهذا الاحتمال مستخرج من الوجوه الثلاثة الماضية كما هو واضح.

١ـ تعليقة المحقق الايرواني: ٢/ ٨٢.

وأمّا الاحتمال الرابع: أعني الخيار بين الفسخ والامضاء بلا أُجرة فقد علم وجه الفسخ من الاحتمال الثالث ووجه عدم الأُجرة من الاحتمال الأوّل.

وأمّا الخامس: وهي ملاحظة أكثر الضررين، فلأجل تصوّر أنّ المقام من باب تعارض الضررين فيؤخذ بأكثرها، ولكنّك عرفت أنّ الضررين ليسا في عرض واحد وأنّ البائع هو السبب لتضرّره.

ثمّ لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء من البيت فيهدم باذن المشتري، وعلى الهادم جبر الضرر بالقيمة أو المثل، ولا جدوى في البحث عن صغرياتها فإنّ التشخيص موكول إلى العرف، فإنّ التقدمّ الصناعي قد قلب كثيراً من الضوابط القديمة للمثلي والقيمي، فصار أكثر القيميات كالثياب والأواني مثلياً.

في امتناع البائع عن التسليم

أنّ للمسألة صورتين:

الأُولى: أن يكون الامتناع بغير حق كما إذا كان المشتري دافعاً للثمن أو مستعدّاً للدفع ولكن البائع يمتنع عن التسليم، فهو عندئذ بحكم الغاصب يجري عليه حكمه، فعليه أُجرة المبيع ـ لو كان له أُجرة ـ ونفقة الدابة وغيرها.

الثانية: إذا كان الامتناع بحق كما إذا امتنع المشتري عن أداء الثمن فهناك صورتان:

١ـ أمّا أن يستوفي البائع منفعة المبيع بالسكونة في الدار وأكل ثمرة الشجرة،

فلا شك أنّه ضامن.

٢ـ أمّا أن لا يستوفي المنفعة، كما إذا أقفل الدار أو البستان، أو حبس الدابة في اصطبلها، فهل هو ضامن أو لا؟ الظاهر لا، لأنّ الضمان أمّا للاتلاف أو للاستيلاء الذي يعبّر عنه بضمان اليد، والأوّل غير صادق، ونسبة التلف إلى السبب، أعني: المشتري أولى من نسبته إلى البائع الذي حال بين المال ومالكه (المشتري) لما عرفت من أنّ الحيلولة عن حقّ، وأمّا ضمان اليد فهو منصرف عمّا إذا كان الحبس بحق.

و إن شئت قلت: إنّ تجويز الامتناع عند الامتناع دليل على عدم الضمان وإلاّ فربّما يتّخذ المشتري الامتناع ذريعة لأخذ الأُجرة من البائع الذي حبس المبيع لأجل أخذ الثمن، وبذلك يظهر أنّه لو احتاج حفظ الدار إلى أُجرة أو بقائها على نفقة، فالكل على عهدة المشتري.

ولو طلب من البائع الانتفاع من المبيع بلا تسليم كما إذا كان بيد البائع، فلا تجب الإجابة لما مرّ من جواز الامتناع عند الامتناع.

الكلام في أحكام القبض

قد وقع القبض في غير واحد من الروايات موضوعاً لأحكام، نذكرها واحدة بعد الأُخرى تحت مسائل:

المسألة الأُولى: في انتقال الضمان من البائع إلى المشتري:

اتفق الفقهاء على أنّ المبيع قبل القبض في ضمان البائع فإذا أقبضه انتهى ضمانه وهذا ممّا لا كلام فيه.

قال الشيخ: إذا تلف المبيع قبل القبض للسلعة بطل العقد، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك: لا يبطل، دليلنا: أنّه إذا باع، فإنّما يستحق الثمن إذا قبض المبيع، فإذا تلف تعذّر عليه التسليم فلا يستحق العوض.

وقال أيضاً: إذا كان الثمن معيّناً فتلف قبل القبض سواء كان من الأثمان أو غيرها بطل العقد، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن كان من غير الأثمان كقولنا، وإن كان من الأثمان دراهم أو دنانير لم يبطل، بناءً على أصله: انّ الثمن لا يتعيّن بالعقد. دليلنا أنّه إذا عيّن الثمن وعقد عليه العقد، كان مثل السلعة الباقية في تعيّنه وإنّما لم يتعيّن إذا كان بثمن بالذمّة فالأصل الذي بنى

عليه غير مسلّم [١].

وقال في الجواهر في ضمن شرح كلام المحقّق: إذا تلف المبيع الشخصي قبل قبضه بـآفة سماوية فهو مـن مال بائعه اجماعـاً بقسميه [٢]. ومثله سـائر الكلمات لفقهائنا العظام.

إنّما الكلام في تبيين معنى الضمان قبل القبض، فهل الضمان هنا هو الضمان المعـاوضيّ بمعنى أنّ البـائع لا يستحقّ الثمن لأجـل عـدم تسلّم المبيع، وبعبـارة أُخرى: ينفسخ العقـد قبل التلف ويدخـل المبيع في ملك البائع آنـاً ما ويتلف في ملكه فلا يستحق شيئاً من الثمن.

أو هـو ضمان واقعـي كـالضمان الموجـود في الاتـلاف ومـا تلـف تحت يـد الغاصب، أعني: ضمان اليد ومثل ضمان المأخوذ بالسوم، فإنّ الضمان هناك بمعنى جبر الخسارة بـالمثل أو القيمة، فعلى هذا يستحقّ البـائع الثمن، ويجب عليه جبر الخسارة بدفع المثل أو القيمة إلى المشتري.

والكلام في استظهار أحـد الضمانين من الأدلّة، ولكن الموجود في المقـام هو خبران أحـدهما نبويّ مـرسل والآخـر مروي بسنـد غير نقي عـن الإمام الصـادق ـ عليه السلام ـ غير أنّ عمل المشهور بهما جابر لضعفهما مضافاً إلى اتقان الروايتين.

أمّـا الأوّل فـالنبـوي المعـروف: كل مبيـع تلف قبـل قبضـه فهـو من مـال بائعه [٣].

١ـ الطوسي: الخلاف: ٣/ ١٥٤ ، مسألة ٢٤٣.

٢ـ النجفي: جواهر الكلام: ٢٣/ ٨٣.

٣ـ النوري: مستدرك الوسائل: ج١٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

وأمّا الثاني فهي رواية عقبة بن خالد [1] عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ : في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه، حتى يردّ ماله إليه.

والمهم دراسة فقه الحديثين:

أمّا النبوي فهل هو ظاهر في الضمان المعاوضي أو الواقعي؟ احتمالان ناشئان من تعيين مرجع الضمير المنفصل في قوله: فهو من مال بائعه. لا شكّ أنّ الضمير الثاني يرجع إلى المبيع، إنّما الكلام في تعيين مرجع الضمير المنفصل، فهل هو يرجع إلى التلف المستفاد من الفعل، أعني: قوله «تلف»؟ أو يرجع إلى المبيع المذكور في صدر الحديث؟

فلو قلنا بالأوّل: فربّما يكون ظاهراً في الضمان الواقعي، ويكون المعنى: كل مبيع قد تلف قبل قبضه فالتلف من مال البائع بمعنى أنّ المبيع مع كونه ملكاً للمشتري لكن الضمان وجبر الخسارة لدى التلف من مال البائع ولا معنى لهذا الضمان، إلاّ الخروج عن عهدة الضمان بالمثل أو القيمة.

ولو قلنا برجوعه إلى المبيع فظاهر الحديث أنّ المبيع من مال البائع وبما أنّه خلاف المفروض لكونه مال المشتري بالفرض فلابدّ من توجيهه بانفساخ العقد ودخول المبيع في ملك البائع، وعندئذ يصير التلف من مال البائع ويكون الضمان بعد الانفساخ معاوضياً.

---

١ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ (في سند الرواية محمد بن عبد الله بن هلال وعقبة بن خالد وكلاهما لم يوثّقا).

والظاهـر هو الثاني: لأنّ عـود الضمير إلى المصدر المستفـاد من الفعل وإن كـان وارداً في الذكـر الحكيم وفي لغـةالعرب. قـال سبحانـه: ﴿**اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوىٰ**﴾ (المائدة/ ٨) ولكنّـه قليل والظـاهر رجـوع الضمير إلى المبيع، بشهـادة رجوع الضمير المتصل إليه أيضاً.

وأمّا فقه الحديـث الثاني: فهو ظاهر في الضمان المعـاوضي حيث قال: «من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته» فالضمائر ترجـع إلى المتاع، وكـون التلف من مال صـاحب المتاع مـع كونـه ملكاً للمشتري حسب الفـرض لا يعقل، إلاّ إذا فـرضنا الانفسـاخ قبل التلف آنـاً ما حتى يكـون التلف في ملك البائع.

ويـؤيّـد ذلك فهـم المشهـور من الـروايتين ، واحتمال استنـادهـم إلى غير الروايتين بعيد جداً.

ما ذكرناه إنّما هو على حسب طـريقة القوم في تفسير الروايات الفقهية، غير أنّ لنا مسلكـاً آخر في فهم الروايـات وهو أنّ أكثر هـذه الروايات الفقهية منقـولة بـالمعنى لا بـاللفظ والنصّ، فـالدقّـة العقليّـة الخارجة عن حـدود الفهم العـرفي لا تتحمّله تلـك الروايات، ولأجل ذلـك لو دفعت الروايتين إلى العـربي الصميم الخالي ذهنـه عن كيفيـة الضمان ربّما توقّف عـن تعيين أحد المعنيين، ولأجـل ذلك ربّما يصبح كل من الاحتمالين أمراً مفروضاً على الروايتين من خارج وليسا مدلولين لهما.

والذي أظـن هو أنّ الروايتين في بيـان أصل الحكم وهـو سلب الضمان عن المشتري باثباته على البائع إلى أن يقبض، وأمّـا الكيفية فهو متروك إلى بناء العقلاء في هذه الأُمور.

والـذي عليه العقـلاء في هـذه الموارد هو انفسـاخ العقد بـالتلف لا قبلـه، وبـراءة البائع عـن كل شيء إلاّ عـن ردّ الثمن وذلك لأنّ المسـؤوليـة التي تقبّلهـا البـائع، لم تكـن إلاّ مسـؤوليـة في حـدود الامكـان وهـو دفـع العين في أوّل أزمنـة الامكان، والمفروض أنّـه قام بها ولكن حالت دون مقصده الأقـدار، وبذلك خرج عن عهدة المسؤوليّـة فيستقل العقلاء بانفصام العقد لأجل الـوضع السائد وفقد الامكـان من غير تقصير ولا يحكم إلاّ بـردّ الثمن أو عدم أخـذه. وأمّا فـرض جبر الخسارة عليـه بدفع المثـل أو القيمة فهو أمـر جديـد لم يتحمله البـائع في العقد والانشاء ففرض أحد الأمرين عليه يحتاج إلى سبب: والسبب إمّا هو العقد أو كون يـده يـداً عدوانيـاً، أو كـونـه متلفاً ومتعـدّيـاً، أو متسـاهلاً في كيفيـة الاقبـاض، والمفروض عـدم تلك الأُمور كلّهـا، والرجل لا يـؤخذ إلاّ بمقدار التعهّـد و هو لم يتعهّد إلاّ دفع المبيع في قبال الثمن حسب المقدرة العـرفية، والمفروض عدم وجود القدرة العـرفية، فإذا لم يكن التسليم ممكنـاً فيرتفع حكمه، وهـو معنى الانفساخ القهري.

الانفساخ من الأصل:

فإذا حكـم العقلاء بالانفساخ وبطـلان البيع، فهل هو يبطل من الأصل أو من حين التلف أو يكون التلف كاشفاً عـن البطلان من أوّل العقد، والثاني ممنوع بعد انعقـاد العقد صحيحـاً، ورجّح الشيخ القول الثـاني قائلاً بأنّ تقـدير مـاليّة البائع قبـل التلف مخالف لأصالـة بقاء العقـد، وإنّما احتيج إليه لتصحيـح ما في النص من الحكم بكـون التالف مال البائع فيرتكـب بقدر الضرورة، ويترتّب على ذلك كـون النماء قبل التلف للمشتري. وفيه تأمّـل، والظاهر أنّ العقـلاء يحكمون بـالبطلان مـن رأس، وعلى ما ذكـره الشيخ يـرجع المشتري إلى البـائع في النماءات

المنفصلة التي لم تتلف من فواكه الأشجار ولبن الحيوان وغيرهما، وهو بعيد والأولى المصالحة.

ثمّ إنّ التلف في النبوي وارد مورد الغالب، والمراد عدم امكان الوصول إلى المبيع حتى يدفع إلى البائع، ولأجل ذلك جاء في رواية عقبة بن خالد سرقة المتاع مكان تلفه، وبذلك يظهر حال كثير من الأمثلة التي ذكرها العلاّمة في تذكرته، كانفلات الطير، والصيد، واغراق البحر الأرض المبيعة، أو وقوع صخور عليها من جبل أو اكتسائها بالرَمل ...

فروع ذكرها الشيخ:

١ـ إذا امتنع المشتري عن دفع الثمن ولكنّه قبض المبيع بغير اذن البائع فهل هو مسقط للضمان أو لا، الظاهر هو الأوّل لصدق الاستيلاء الكافي في تحقّق القبض وإن كان محرّماً، مضافاً إلى انصراف الروايتين عن تلك الصورة.

٢ـ إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً وقلنا بتوقّف القبض فيهما على الكيل والوزن فلو قبض المشتري جزافاً فهلك عنده فهل يسقط الضمان بمجرّد قبض المشتري، أو لا؟ فصّل العلاّمة بين القول بتوقّف القبض عليهما فلا يسقط وعدمه فيسقط، والظاهر السقوط وإن قلنا بتوقّف القبض عليهما وذلك لانصراف النبوي عن مثله والمراد منه ما تلف تحت يد البائع، والمفروض أنّه تلف تحت يد المشتري، وأمّا رواية عقبة بن خالد فقد جعل الملاك الخروج من البيت وهو حاصل.

٣ـ إذا قلنا بأنّ القبض هو الاستيلاء وعدم كفاية التخلية، فهل تكفي

التخلية في رفع الضمان وإن لم يصدق القبض أو لا؟ قال الشيخ: فيه قولان: «لا يخلو السقوط من قوّة وإن لم نجعلها قبضاً»، ولكن الظاهر هو بقاء الضمان لرواية عقبة بن خالد وإن كان النبوي منصرفاً عن مثله، اللّهمّ إلاّ إذا قلنا بعدم ثبوت رواية عقبة بن خالد فيرجع فيه إلى العرف الحاكم بكفاية التخلية في رفع الضمان والخروج عن التعهّد.

٤ـ ومنه يظهر حكم ما لو وضع اليد عليه ولم ينقله بناء على اعتبار النقل في القبض.

هذا كلّه حكم التلف السماوي وأمّا حكم الاتلاف فله صور:

ألف: أن يكون الاتلاف من المشتري.

ب: أن يكون الاتلاف من البائع.

ج: أن يكون الاتلاف من الأجنبي.

أمّا الأوّل أي إتلاف المشتري فلا شك في سقوط الضمان، لصدق القبض بمعنى الاستيلاء سواء كان عالماً بكون ما يتلفه ماله أو لا، لأنّ العلم والجهل لا يؤثّران في الضمان وجوداً وعدماً، أضف إليه : أنّ النص منصرف عن مثله، فيبقى سقوط الضمان بالتصرّف تحت القاعدة.

نعم لو قدّم البائع المبيع إلى المشتري فاتلفه، فإن كان المشتري عالماً بأنّه مبيعه، فلا شك في سقوط الضمان، سواء كان البائع عالماً بكونه مال المشتري (غارّاً) أو جاهلاً (غير غارّ) لأنّ استناد الاتلاف إلى المباشر هنا أقوى من الاستناد إلى السبب (البائع) حتى وإن كان عالماً وغارّاً ، وأمّا إذا كان جاهلاً وكان البائع عالماً فيعدّ التلف من مال البائع لأنّ اسناد الاتلاف إلى السبب (البائع) حينئذ

أقوى، والمشتري أقدم على الاتلاف (الأكل) بما أنّه مال البائع وهو يريد تكريمه لا بما أنّه مال نفسه وإن تبيّن الخلاف.

وأمّا إذا كان البائع جاهلاً مثل المشتري فهل هو كالاتلاف السماوي أو لا؟ وجهان، لا يخل أوّلهما من قوّة وأمّا الثاني: أي لو أتلفه البائع ففيه احتمالات:

١ـ ينفسخ البيع، لكونه تلفاً قبل القبض من غير فرق بين كون المتلف انساناً أو حيواناً أو آفة سماوية.

٢ـ لا ينفسخ البيع ويرجع المشتري ـ بعد دفع الثمن ـ إلى المثل أو القيمة لانصراف النص عنه وكونه مصداقاً لاتلاف مال الغير. ومن أتلف مال الغير فهو له ضامن.

٣ـ يتخيّر المشتري بين مطالبته بالقيمة، أو بالثمن، لتحقّق سبب الانفساخ وسبب الضمان فيخيّر المالكَ في العمل بأحدهما.

٤ـ انّ التلف على هذا الوجه وإن كان خارجاً عن منصرف دليل الانفساخ (أي التلف قبل القبض) لكنّه لاحق بتعذّر تسليم المبيع فيثبت (حكمه) أعني: تخيير المشتري بين أخذ عوض المبيع من المثل أو القيمة وبين أن يفسخ ويرجع إلى عين الثمن الذي أعطاه للبائع.

ولا مجال للاحتمال الثالث لأنّه إذا كان هناك سبب الانفساخ، فهو ينفسخ فوراً، ولا يتوقّف على اختيار المشتري سبب الانفساخ، وترجيحه على سبب الضمان.

والأقوى هو الوجه الثاني ثمّ الرابع.

ولو قلنا بالوجه الثاني فهل للبائع حبس البدل على أخذ الثمن أو لا؟ والظاهر أنّ الحكم فيه وفي المبدل واحد، وأنّه يجب عليهما التقابض معاً.

ولو قبض المشتري بغير اذن البائع حيث يكون له الاسترداد (كما إذا لم يدفع الثمن) فأتلفه البائع في يد المشتري، الظاهـر أنّه اتلاف بعد القبض و إن كان فيه ظا لماً، ولانصراف النبوي عن ذلك، فيرجع المشتري إليه بالبدل، لا الثمن لأنّه من باب اتلاف الغير.

وأمّا الثالث أيّ إذا أتلفه الأجنبي فـالمشتري يتخيّـر بين فسخ العقد، لعدم خروج البائع عـن عهدة التسليم المشروط في ضمن العقد، وامضـائه والرجوع إلى المتلف بالبدل، و إن كـان الأقوى في نظر الشيخ تعيّـن الرجـوع إلى البدل (القيمة في كلامـه) لانصراف دليل الانفسـاخ. لكن انصراف دليل (الانفسـاخ) (النبوي ورواية عقبة بن خـالد) عن هذه الصورة، لا يكون موجبـاً لتعيّـن البدل، لاحتمال كونه مخيّـراً بين الفسخ والرجوع إلى الثمن والامضاء والرجوع إلى البدل.



المسألة الثانية: في تلف الثمن المعيّـن قبل القبض:

إذا تلف الثمن المعيّـــن قبل القبض (وفرضنـا أنّ لتعيين الثمن في شخص معيّن عرضاً عقلائياً في مثل الدولار والريال) [١] فهل هو من مال المشتري كالمبيع الذي يحسب تلفه من مال البائع أو لا؟صريح الشيخ في الخلاف هو ذلك،قال: إذا كـان الثمن معينـاً فتلف قبل القبـض سـواء كان مـن الأثمان أو من غيرهـا بطل العقد، وبه قال الشافعي [٢].

١ـ نقل الشيخ في الخلاف عن أبي حنيفة أنّ الثمن لا يتعيّـن بالعقد.

٢ـ الطوسي: الخلاف: ٣/ ١٥٤ ، المسألة ٢٤٤، وقد مضى بقية النص في أصل المسألة.

وعليه العلاّمة في التذكرة وهو مقتضى القواعد العامّة وقد مرّ بيانه عند البحث عن حكم المبيع، وخلاصته قصور شمول التعهّد من جانب المشتري على صورة التلف، فيشبه المورد بما إذا تعذّر التسليم، فحكم العقلاء في صورتي التلف والتعذّر، هو انفساخ العقد.

استدلّ الشيخ بأمرين: النبوي، ولا يخلو دلالته في مورد الثمن من ضعف كما ذكره ـ قدّس سرّه ـ والعمدة رواية عقبة بن خالد، وقد مرّ نصّها، فنعيده لبيان كيفيّة الاستدلال:

«في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته، فا لمبتاع ضامن لحقّه، حتى يردّ ماله إليه» [1].

توضيح الاستدلال: أنّ في الحديث احتمالات ثلاثة:

١ ـ أن ترجع الضمائر الثلاثة في «لحقّه» ، «ماله»، «إليه»، إلى المشتري ، فعندئذ يكون المراد من المبتاع هو البائع وتكون الرواية مسوقة لبيان حكم واحد، هو ضمان البائع للمبيع لحدّ قبض المشتري، فيكون المعنى: إذا أخرجه من بيته (لا يسقط الضمان) بل هو ضامن لحقّ المشتري حتى يرد مال المشتري إليه.

وعلى هذا فالرواية بصدد بيان حكم موضوع واحد وهو ضمان البائع ولا بصدد بيان حكم موضوعين وهذا هو الظاهر في بدء النظر، نعم يبعده أمران:

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

ألف: أنّه إذا كان هذا هو المقصود، فالاتيان بالاسم الظاهر مكان الضمير خلاف الفصاحة، فكان عليه أن يقول: فإذا أخرجه من بيته، فهو ضامن لحقّه... لا أن يقول: فالمبتاع ضامن، وهذا يدلّ على أنّ فاعل «أخرج» غير المبتاع.

أنّ استعمال المبتاع في البائع لا يخلو عن بعد وإن كان صحيحاً ومع ذلك فهذا أحد الاحتمالات.

٢ـ أن ترجع الضمائر الثلاثة إلى البائع، فيكون المعنى: فإذا أخرجه من بيته وسلّمه إلى المشتري فقد أدّى حقّه وأمّا المشتري فالمبتاع (المشتري) ضامن لحقّ البائع حتى يرد مال البائع (الثمن) إلى البائع.

فإن قلت: إنّ ترتّب «فالمبتاع» على الجملة الشرطية عندئذٍ يكون غير واضح حيث قال: «وإذا أخرجه عن بيته فالمبتاع ضامن ... » فإنّ ضمان المشتري للثمن غير مترتّب على زمان الخروج بل هو ثابت من زمان العقد، أضف إليه: أنّه يلزم أن تكون الجملة مبتورة، لعدم وجود الجواب الحقيقي لقوله: «فإذا أخرجه» وأمّا قوله «فالمبتاع ...» إذا أُريد منه المشتري لا يكون جواباً حقيقياً له.

قلت: إنّ الجزاء كما قلنا محذوف تركه الإمام لمعلوميته فإنّ من أخرج المتاع من بيته، لا يتركه في الطريق بل يسلّمه إلى المشتري فيخرج عن العهدة، فلما عُلِمَ حكم البائع، ابتدأ الإمام ببيان وظيفة المشتري، وأنّه ـ عند ذاك ـ تصل نوبته فلا يخرج عن العهدة إلاّ بأداء حقّ البائع مثله وليس بصدد بيان مبدأ ضمانه بل بصدد ايفاءه لوظيفته وواجبه، ولعلّ هذا أظهر الاحتمالات فتكون الرواية دليلاً على كلا الحكمين.

٣ـ أن يرجع الضمير في حقّه إلى البائع والآخران إلى المشتري، فالمبتاع (المشتري) ضامن لحقّه أي البائع حتى يرد البائع مال المشتري إليه.

فإن قلت: فعلى هذا يكون ضمان المشتري مرتفعاً بارتفاع ضمان البائع مع أنّه لا يرتفع إلاّ بالاقباض.

قلت: إنّ الحديث وارد مكان الغالب، فإنّ إقباض البائع يكون غالباً مقروناً باقباض المشتري، فيتساقطان.

وهذا المعنى أيضاً يُثبت ضمان المشتري للثمن حتى يقبض.

المسألة الثالثة: حكم ضمان العوضين في غير البيع:

هل يلحق العوضان في غير البيع من المعوضات، بالبيع أو لا؟

قال الشيخ الأعظم: يظهر من الفقهاء اللحوق في الاجارة والصداق وعوض الخلع لو تلف قبل القبض إذا كان الثمن معيّناً، لا ما إذا كان في الذمّة، والظاهر أنّ المسألة غير معنونة في أكثر الكلمات واللحوق هو الأقوى والدليل عليه قصور شمول التعهّد لصورة التلف، فيكون العقد منفسخاً بالنسبة إلى العوض، تتبعه الاجارة في الانفساخ فتكون منفسخة، وهل بطلان الخلع يسري إلى بطلان الطلاق أو لا؟ فيه وجهان:



المسألة الرابعة: في تلف بعض المبيع قبل قبضه:

لو تلف بعض المبيع قبل قبضه، فإن كان ممّا يقسَّط عليه الثمن، كان حكمه حكم تلف الكل في انفساخ العقد بالنسبة إليه، كما إذا باع مائة متر ثوباً، فتلف عشرة أمتار منه، فالبيع يكون منفسخاً بالنسبة إلى العشرة، وذلك انّ البيع

و إن لم يتعلّق بكلّ متر مستقلاً ولا بشرط، حتى يكون بيوعاً متعدّدة، لكنّه تعلّق بكلّ متر مجتمعاً مع الأمتار الأُخرى، فلا مانع من تقسيط الثمن، وتصحيح البيع بالنسبة إلى الأجزاء الباقية، وهذا نظير ما إذا باع ما يملك مع ما لا يملك كغنمه مع غنم الغير، أو الغنم مع الخنزير، فإنّ العرف يساعد على التقسيط والتقسيم.

إنّما الكلام في الأوصاف التي لا يقسّط عليها الثمن في نظر الشيخ الأعظم ومن قبله ومن تبعه، فهل هناك الخيار بأطرافه الثلاثة مثل التلف قبل العقد، إذا ظهر معيباً فالمشتري يتخيّر بين الردّ، والامساك بلا ارش أو معه، أو تختصّ هذه الصورة بحكم آخر، ولا يشارك مع التلف قبل العقد، وهو الخيار بين الامساك والرد فقط؟

ذهب الشيخ الطوسي في النهاية إلى القول الأوّل وقال: من اشترى شيئاً ولم يقبضه، ثمّ حدث فيه عيب، كان له ردّه، فإن أراد أخذه وأخذ الارش، كان له ذلك[1].

ولكنّه قال في الخلاف بعدم الجواز بقوله: إذا حدث بالمبيع عيب في يد البائع كان للمشتري الردّ، والامساك، وليس له إجازة البيع مع الارش، ولا يُجبر البائع على بذل الارش بلا خلاف، فإن تراضيا على الارش كان جائزاً، وبه قال ابن سريج، وظاهر مذهب الشافعي أنّه لا يجوز[2].

واختار العلاّمة في المختلف القول الأوّل ونسبه إلى ابن البراج وأبي الصلاح[3].

١ـ الطوسي: النهاية: ٣٩٥.
٢ـ الطوسي: الخلاف: ٣/ ١٠٩، المسألة ١٧٨ من كتاب البيوع.
٣ـ العلاّمة الحلّي: مختلف الشيعة، الفصل ١١ في العيوب، ص ١٩٥.

دليل القائل بعدم جواز الارش:

نقل في المختلف استدلال الشيخ بعدم الجواز بأنّ الأصل ثبوت البيع ولزومه، وعدم التسلّط بالارش، وإنّما أوجبنا له الخيار من الردّ والقبول لدفع الضرر اللاحق بايجاب القبول، فيبقى الباقي على الأصل.

والاستدلال متين لو لم يكن هناك دليل على الارش، وإلاّ فيقدّم على الأصل. نعم أجاب العلاّمة في المختلف عن استدلال الشيخ بأنّ الحاجة تمس إلى المعاوضة، وإلاّ لم يوجد العقد، وعندئذ الزامه بجميع الثمن ضرر عظيم، لأنّه دفعه في مقابل الجميع بصفاته، فلا يجب دفعه عن البعض [١].

دليل القائل بالارش:

استدلّ القائل بأنّ الكل مضمون قبل القبض، فكذا أبعاضه وأوصافه.

وأورد عليه صاحب مفتاح الكرامة: بأنّ معنى الضمان في تلف الكل والبعض، غير معناه في تلف الوصف، إذ معناه في الأوّل: انفساخ العقد، ورجوع الثمن إلى المشتري، والمبيع إلى البائع، وهذا المعنى غير متحقّق في الوصف لأنّ انعدامه لا يوجب بطلان العقد بالنسبة إليه إذ لا يقابل بالثمن، بشهادة أنّه لا يجب ردّ الارش من نفس الثمن.

وعلى ضوء هذا لا يمكن أن يراد من قوله: «فهو من مال بائعه» كلا المعنيين، لاستلزامه استعمال اللفظ في معنيين مختلفين. ومثله قول القائل:

١ـ المصدر السابق.

الكل مضمون، فهكذا الوصف، فانّ كيفية الضمان مختلفة.

وبما أنّ أساس الاشكال عدم تقسيط الثمن على الأوصاف وقد قبله الشيخ الأعظم فحاول أن يجيب عن الاشكال مع قبول الأساس، قال ما هذا توضيحه:

«إنّ الضمان المستفاد من قوله: «ومن مال بائعه»، ليس بمعنى انفساخ العقد حتى يقال بأنّه ليس متحقّقاً في تلف الوصف، بل هو في الجميع بمعنى عدم وقوع العقد على التالف و انّ العقد من هذه الجهة كأن لم يكن، وهذا معنى واحد يختلف لازمه حسب اختلاف متعلّقه، فإن كان المتعلّق هو الكل، فمعناه بطلان العقد عليه إمّا من رأس كما في المعدوم قبل العقد، أو من حين التلف كما في التالف بعد العقد، و إن كان المتعلّق هو الوصف، فلازمه وقوع العقد على الفاقد من الوصف، وأنّه وقع على المعيب ولازمه الخيار بين الرد والقبول بلا ارش أو معه».

«وبعبارة أُخرى: تنزيل التلف بعد العقد، وقبل القبض منزلة التلف قبل العقد وأنّهما في الحكم على وزان واحد، و إن كان أثر التنزيل يختلف في تلف الكل ووصفه في كلا الموردين والذي يدل على ذلك: هو نسبة التلف إلى مال البائع، فيكون معنى كون تلف الكل من مال البائع هو تنزيله منزلة التلف قبل العقد، كما يكون معنى تلف الوصف من مال البائع، هو تنزيله منزلة تلف الوصف قبل العقد، فيتحد التلفان حكماً ونتيجة».

هذا غاية توضيح لكلام الشيخ: وعبارته قاصرة عن تأدية مقصوده [1].

١ـ والحق أنّ المتاجر يحتاج في بعض الموارد إلى تحرير جديد، فعسى أن يقيض سبحانه رجلاً فقيهاً كاتباً ليحرّره، كما قام به نصير الدين بالنسبة إلى المجسطي، فكتب «تحرير المجسطي»، والإمام الخميني ـ رضوان الله عليه ـ بالنسبة إلى وسيلة النجاة، فألّف: تحرير الوسيلة.

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره من معنى الضمان المستفاد من قوله: من مال بائعه، أمر انتزاعي يقف عليه الفقيه بعد الوقوف على تماثل العيبين (الحادث قبل العقد، أو بعده وقبل القبض) في الحكم وإلاّ فمعنى الضمان كون التالف مضموناً إمّا بالمسمى، كما في التالف قبل القبض، أو بالمثل والقيمة كما في التالف عدواناً، أو مأخوذاً بالسوم. ولو فرض عدم تقسيط الثمن على الوصف، لما كان للضمان فيه معنى، لا بالمسمّى ولا بالمثل والقيمة، لأنّ المفروض عدم لحاظ الثمن في مقابله.

ولأجل ذلك اختار الشيخ في آخر كلامه، عدم الارش، قائلاً بأنّ ثبوت الارش عند تلف الوصف على خلاف الأصل (لكون المفروض عدم تقسيط الثمن، فثبوته في التالف قبل العقد لأجل الاجماع، لا يكون دليلاً على ثبوته في المقام).

ومع أنّه سعى ـ قدّس سرّه ـ في صدر كلامه ليثبت الارش في المقام، لكنّها لأجل اتّخاذ موقف خاص في صفات الصحّة من عدم تقسيط الثمن عليها، انتهى نظره إلى عدمه.

وأمّا على الحق الذي عرفت من تقسيط الثمن على الصفات جميعاً سواء كانت وصف صحّة أو كمال، فيكون الارش على طبق القاعدة ولا يعلم المقدار المقسّط عليها حين البيع إلاّ بأخذ النسبة بين الصحيح والمعيب والأخذ من الثمن بتلك النسبة، نعم ربّما يقال:

١ـ لو كان الثمن مقسطاً على الأوصاف والمعاملة باطلة بالنسبة إليها، يجب ردّ الارش من عين الثمن مع أنّهم لا يقولون بذلك.

٢ـ لو كان الأمر كما قلتم، يجب أن لا يصحّ الامضاء بلا ارش، لرجوع ما يقابل الوصف إلى ملك المشتري. وقد أجبنا عن الاشكالين في السابق فلاحظ [1]. هذا كلّه في التلف بآفة سماوية.

المسألة الخامسة: إذا تعيّب بفعل شخص:

إذا تعيّب بفعل شخص فإمّا أن يكون هو المشتري أو البائع أو الثالث، فإن كان بفعل المشتري فلا ردّ ولا ارش لأنّه هو السبب، ودليل ضمان البائع منصرف عن ذلك.

وأمّا إذا كان التعيّب بفعل البائع أو الأجنبي فالكلام فيه كالكلام في تلفه بفعلهما لأنّ الكل مشترك في تقسيط الثمن، غاية الأمر إذا كان بفعل الأجنبي له أن يرجع إليه أو إلى البائع.



المسألة السادسة: في بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه:

اختلفت كلمات الفقهاء في بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه، فعبّروا عنها تارة ببيع الشيء قبل قبضه، وأُخرى ببيع الشيء قبل أن يوزن أو يكال، وكأنّ التعبيرين يشيران إلى معنى واحد وهو البيع قبل القبض، لأنّ القبض الذي هو

١ـ لاحظ خيار العيب عند استفادة الارش من مرسلة جميل.

الاستيلاء يتحقّق بأحدهما غالباً، فما دام المبيـع لم يوزن أو لم يكل، وكان مشاعاً بين مال المشتري والبائع، لا يتحقّق الاستيلاء عليه.

فيكون ملاك المسألة، بيع الشيء قبل قبضه من الغير.

أمّا أهل السنّة، فهم على أقوال أربعة:

١ـ قال مالك: يجوز بيع ما عدا الطعام قبل أن يقبض.

٢ـ قال أبو حنيفة: لا يجوز في المنقول ويجوز في غيره.

٣ـ قال الشافعي: لا يجوز مطلقاً من غير فرق بين الطعام وغيره.

٤ـ قال أحمد بن حنبـل: لا يجوز في المكيل والموزون ويجوز في غيره، وبه قال الحسن البصري وسعيد بن المسيب[١].

وأمّا الشيعة، فقد حكى العلاّمة أقوالهم وإليك ملخّصها:

١ـ قال ابـن أبي عقيل والصدوق: لا يجـوز فيما يكـال ويـوزن ويجـوز في غيره.

٢ـ قـال المفيد، والشيخ في النهايـة، وابن البرّاج في الكامل وأبـو الصلاح: يجوز مطلقاً ويكون قبض الثاني له نـائباً عن قبض الأوّل ويكره ذلك فيما يكال أو يوزن وليس بمفسِد للبيع ولا مانع من مضيّه.

٣ـ قـال الشيـخ في المبسـوط والخلاف: لا يجوز في الطعـام ويجوز في غيره. وتبعه ابن البرّاج في المهذّب، والحكم مختصّ بالمبيع ولا يعم السلف.

١ـ الطوسي: الخلاف: ٣/ ١٥٧، المسألة ٩٧، بتلخيص منّا.

٤ـ قال سلاّر: يجوز بيع الدين قبل قبضه فيباع الذهب منه بالعروض.

٥ـ ومنع ابن حمزة بيع الطعام قبل القبض سواء كان مبيعاً أو قرضاً، وغير الطعام جوّز بيعه قبل القبض على كلّ حال إلاّ أن يكون سلفاً فإنّه منع من بيعه قبل قبضه إلاّ من المسلف إليه [1].

ونقل العلاّمة في التذكرة والتحرير أقوالاً ستّة، وهي:

١ـ الكراهة مطلقاً.

٢ـ المنع مطلقاً.

٣ـ التفصيل بين المكيل والموزون وغيرهما بالتحريم فيهما دون الآخر.

٤ـ والتفصيل بين الطعام وغيره بالتحريم في الأوّل والعدم في غيره، وهو قول الشيخ في المبسوط مدّعياً عليه الاجماع.

٥ـ التفصيل في المكيل والموزون وبين التولية بالتحريم في الأوّل وعدمه في الثاني.

وقد تركه الشيخ عند نقل كلام العلاّمة في التذكرة.

٦ـ التفصيل في خصوص الطعام بين التولية وغيرها بالتحريم فيها والكراهة في غيرها من المكيل والموزون، وعدمها في غيرهما.

وقد قصر كلام الشيخ عن بيان الطرف الثالث، أعني: عدم الكراهة في غيرهما.

١ـ مختلف الشيعة، الفصل السادس عشر في القبض وحكمه، ١١٥.

هذه هي الأقوال فالاختلاف حاك عن عدم الاجماع و إنّ المسألة كانت مورد اختلاف من عصر دوّن فيه الفقه، ولكلّ فيه رأيه ودليله، والمهمّ دراسة الروايات الواردة عن أئمة أهل البيت، ولكنّها مختلفة المضمون، فهي على أصناف:

الأوّل: المنع من بيع ما لم يقبض مطلقاً:

هناك روايات تدل على منع بيع مطلق ما لم يقبض ، من غير فرق بين أن يكون ممّا يكال أو يوزن أو غيرهما، ومن غير فرق بين الطعام وغيره.

١ـ موثقة عمّار عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ قال: بعث رسول الله ﷺ رجلاً من أصحابه والياً، فقال له: إنّي بعثتك إلى أهل الله ـ يعني أهل مكة ـ فانههم عن بيع ما لم يقبض وعن شرطين في بيع وعن ربح مالم يضمن [١].

٢ـ وفي مناهي النبي ﷺ: «ونهى عن بيع ما لم يضمن» [٢].

والمراد ما لم يقبض، إذ لا ضمان للمشتري قبل القبض.

٣ـ رواية غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي ـعليهم السلامـ: أنّه كره بيع صكّ الورق حتى يقبض [٣]. قال الطريحي: الصكّ ـ بتشديد الكاف ـ كتاب كالسجلّ يكتب في المعاملات، نقل أنّ الرؤساء في القديم كانوا يكتبون كتباً في عطاياهم لرعيّتهم على شيء من الورق فيبيعونها [٤] مؤجّلاً قبل قبضها، فجاء في

١ و ٢ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦ و ٨.
٣ـ المصدر نفسه: الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢٠.
٤ـ ضمير الفاعل يرجع إلى الرعية.

الشرع النهي عن ذلك لعدم القبض.

والعطية المكتوبة فيها ربّما كانت من قبيل المكيل والموزون، وأُخرى من غيرهما.

٤ـ وعن سماعة، قال: سألته عن الرجل يبيع الطعام أو الثمرة وقد كان اشتراها ولم يقبضها؟ قال: لا ، حتى يقبضها إلاّ أن يكون معه قوم يشاركهم فيخرجه بعضهم من نصيبه من شركته بربح أو يولّيه بعضهم فلا بأس[1].

والثمرة إذا كانت على الشجرة فهي تباع بالمشاهدة، ولو كانت على غيرها فربّما تباع بالكيل والوزن، وأُخرى بالعدد.

وعلى كلّ تقدير فهذا الصنف من الروايات يدلّ على عموم النهي من غير اختصاص بمورد دون مورد.

الثاني: ما يدل على المنع في المكيل والموزون:

ما يدل على عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل قبضه سواء أكان البيع على المرابحة، أو على وجه التولية أو غير ذلك، و إليك ما يدلّ عليه:

١ـ عن الحلبي، قال: سألت أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ عن قوم اشتروا بزّاً، فاشتركوا فيه جميعاً ولم يقسموه، أيصلح لأحد منهم بيع بزّه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس به، وقال: إنّ هذا ليس بمنزلة الطعام، إنّ الطعام

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٥.

يكـال [١].

والتعليل يفيد أنّ الملاك هو كون المبيع مكيلاً، ولا خصوصية للطعام.

٢ـ رواية منصور قـال: سألت أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ عن رجل اشترى بيعاً ليس فيه كيل ولا وزن، ألـه أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه ويأخـذ ربحه؟ فقال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن، فإن هو قبضه، فهو أبرأ لنفسه [٢] وتدل عليه أيضاً رواية علي بن جعفر [٣] وأبي حمزة [٤].

الثالث: ما يدل على المنع في المكيل والموزون إلاّ التولية:

وهناك روايات أُخرى تفصّل بين ما كان البيع الثاني على أساس المرابحة فلا يجوز، وعلى نحو بيع التوليـة فيجوز، والمراد من بيع التولية إيكـال ما اشتراه بنفس الثمن إلى المشتري الثاني، ورجوعه إلى البائع الأوّل بلا توسيط، نظير:

١ـ رواية منصور بن حازم عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ قال: إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضــه، إلاّ أن تولّيه، فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن، فبعه ـ يعني إنّه يوكّل المشتري بقبضه ـ [٥] والتفسير راجع إلى ذيـل الحديث أي بيع ما لا يكال ولا يوزن وأنّ المشتري الثاني يكون وكيلاً في القبض.

٢ـ رواية معـاوية بن وهب، قال: سألـت أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضــه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن، فلا تبعـه حتى تكيله أو تزنه، إلاّ أن تولّيه الذي قام عليه [٦].

---

١ و ٢ و٣ و٤ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٠، ١٨، ٢٢، ٨.

٥و ٦ ـ المصدر نفسـه: الحديث ١ و ١١، وروي الحديث الأوّل أيضاً برقم ١٢. والتكـرار لأجل كون الأوّل مأخوذاً من الكافي والثاني من التهذيب.

الرابع: ما يدل على المنع مطلقاً في خصوص الطعام:

وهناك ما يدلّ على المنع لكن في خصوص الطعام، وإليك رواياته:

١ـ الحلبي عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ قال في الرجل يبتاع الطعام، ثمّ يبيعه قبل أن يكتاله، قال: لا يصلح له ذلك [٣].

٢ـ عن أبي جعفر ـعليه السلامـ قال: قال أمير المؤمنين ـعليه السلامـ: من احتكر طعاماً أو علفاً أو ابتاعه بغير حكرة، وأراد أن يبيعه، فلا يبعه حتى يقبضه ويكتاله [٤].

٣ـ عن حَزام بن حكيم قال: ابتعت طعاماً من طعام الصدقة فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت بيعه، فسألت النبي ﷺ قال: لا تبعه حتى تقبضه [٣].

الخامس: ما يدل على الجواز في خصوص الطعام بنحو التولية وغيرها:

هناك روايات تدل على الجواز في خصوص الطعام إذا بيع على نحو التولية أو بيع من الشريك في المبيع أو من الدائن، وإليك ما يدل على ذلك:

١ـ علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر ـعليه السلامـ: عن الرجل يشتري الطعام أيصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان يولّيه، فلا بأس [٤].

---

١ و٢ و٣ و٤ ـ الوسائل: ج١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣ (ولاحظ رقم ١٤) و١٧ و٢١ و٩.

٢ـ عن عبد الـرحمان بن أبي عبد الله ـعليه السلامـ قال: سألته عن رجل، عليه كـرّ من طعام، فـاشترى كرّاً مـن رجل وقال للـرجل (الـدائن): انطلق فاستـوف حقّك؟ قال: لا بأس به [١].

السادس: ما هو ظاهر في الكراهة:

عن أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله ـعليه السلامـ عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه إلاّ أن يولّيه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع، وما كان من شيء عنده ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه [٢].

السابع: ما يدل على الجواز:

١ـ خالد بن الحجـاج الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله ـعليه السلامـ: أشتري الطعام مـن الرجل ثمّ أبيعـه من رجل آخر قبل أن أكتـاله، فأقـول: ابعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته؟ قال: لا بأس [٣].

٢ـ جميل بـن درّاج عن أبي عبد الله ـعليه السلامـ في الرجل يشتري الطعام ثمّ يبيعه قبل أن يقبضـه؟ قال: لا بأس، ويوكّـل الرجل المشتري منه بقبضـه وكيله؟ قال: لا بأس [٤].

٣ـ عن الحلبي عن أبي عبـد الله ـعليه السلامـ قال: سألتـه عن الرجل يشتري الثمرة ثمّ يبيعها قبل أن يأخذها؟ قال: لا بأس به إن وجد بها ربحاً فليبع [٥].

---

١ و ٢ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ و ١٦.
٣ و ٤ و ٥ـ المصدر نفسه: الحديث ٣، ٦ ، ٤، ولاحظ رواية المدائني: الحديث ٧ من ذلك الباب.

٤ـ محمد بن مسلم عن أحدهما أنّه قال: في رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يقبضها؟ قال: لا بأس [١].

هذه هي الروايات وأصنافها، فكيف الجمع؟ أقول: هناك طريقان:

الأوّل: ما سلكه الشيخ الأنصاري وغيره من حمل المطلقات على المقيّدات.

الثاني: ما سلكه سيّدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ من حمل الجميع على الكراهة على مراتبها.

أمّا الطريق الأوّل، فما أفاده الشيخ نذكره في ضمن أُمور:

١ـ أنّ ما يدل على المنع مطلقاً (الصنف الأوّل) محمولة بقرينة الطائفة الثانية على المكيل والموزون، وبذلك لا تصلح الاطلاقات للاستدلال، فيكون المراد من منع البيع لما لم يقبض هو خصوص المكيل والموزون.

٢ـ وأمّا الصنف الرابع، الناهي عن بيع الطعام قبل القبض فلا تظهر منها خصوصية للطعام بل النهي عنه لأجل كونه من مصاديق المكيل والموزون، ويدل على ذلك رواية الحلبي، حيث سأل أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ عن قوم اشتروا بزّاً ... فقال الإمام: لا بأس به هذا ليس بمنزلة الطعام، وإنّ الطعام يكال [٢].

٣ـ وأمّا الصنف السابع ـ المجوّز مطلقاً ـ فيحمل على بيع التولية، وغيره مما ورد فيه الاستثناء. قال الشيخ: وهذه الروايات (أي رواية الكرخي وجميل) مطلقة يمكن حملها على التولية وهو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة مع أنّ استثناء التولية حينئذ يوجب نفي الكراهة فيها، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في

١ـ الوسائل: ج ١٣، الباب ٧ من أبواب بيع الثمار، الحديث ٣.

٢ـ المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث١.

الكراهة فيها أيضاً بين أرباب هذا القول، وإن كانت أخف.

٤ـ ثمّ أشار إلى القول بالجمع بحمل النواهي على الكراهة في ضوء خبر أبي بصير (القسم السادس) وردّه بأنّ لازم هذا الجمع عدم الكراهة في بيع التولية أخذاً بحكم الاستثناء في رواية أبي بصير مع أنّ القائلين بالكراهة لا يفرّقون بين التولية وغيرها في أصل الكراهة وإن صرّح بعضهم بكونها في التولية أخفّ.

٥ـ ثمّ ذكر أنّ ما يستأنس به للجواز، أعني: رواية الحلبي ومحمد بن مسلم (تقدّمتا في القسم السابع) غير تام إذ لا تبعد ارادة الثمرة على الشجرة فيخرج عن المكيل والموزون.

٦ـ أمّا الاستئناس بالجواز أيضاً بما ورد من جواز بيع السلم على من هو عليه[1] فغير تام لأنّ محل الخلاف بيع غير المقبوض على غير البائع.

هذا مجموع ما ذكره الشيخ في مقام الجمع وقد أتينا بها لتجمع شتات كلماته.

يلاحظ على ما ذكره:

أوّلاً: أنّ حمل النواهي المطلقة على خصوص المكيل والموزون، لا يلائم لسانها فإنّ النهي فيها معتمد على ما «لم يقبض» أو «لم يضمّن» وهو كما ترى يعم المكيل والموزون وغيرهما.

وثانياً: أنّ حمل الروايات المجوّزة (السابع) على صورة بيع التولية لا يلائم ظاهر رواية خالد بن الحجاج وجميل بن درّاج لو لم نقل أنّهما صريحتان في غير بيع التولية.

١ـ الوسائل: ج ١٣، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ٨ وغيره.

كما أنّ حمل رواية «الحلبي» و «محمد بن مسلم» من هذا القسم على الثمرة على الشجرة خلاف اطلاقهما، ولو سلم فكيف تفسّر رواية سماعة حيث منعت عن بيع الطعام والثمرة معاً قبل القبض، فلو حملت، على الثمرة على الشجرة تلزم حرمة بيعها على الشجرة مع أنّه لم يقل به أحد،ولو حملت على الثمرة المجتناة حتى تكون من قبيل الموزون والمكيل، يلزم التفكيك بين الرواية المجوّزة، فتحمل على الثمرة على الشجرة، و تحمل المانعة على الثمرة المجتناة وهذا أمر غريب.

وأمّا الطريق الثاني الذي سلكه سيّدنا الأُستاذ ـ قدّس سرّه ـ وهو الحمل على الكراهة، فتدلّ عليه أُمور:

١ـ انّ الاختلاف الشديد بين الروايات دليل واضح على كراهة البيع قبل القبض، إذ الكراهة تقبل التأدية عنها بعبارات مختلفة إذا كانت لها مراتب ودرجات، فبما أنّه كان البيع قبل القبض مطلقاً مكروهاً وكان على غير وجه التولية أشدّ كراهة، صحّ للإمام ـ في بعض الظروف ـ أن يقول: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه إلاّ أن يولّيه [1] بخلاف المحرّمات فإنّها لاتقبل التأدية عنها بعبارات مختلفة يدلّ بعضها على الجواز، وبعضها الآخر على المنع.

ولأجل ذلك نرى أنّ العلماء في أمثال المقام يحملون النواهي على الكراهة والأوامر على الاستحباب، إذا كانت مختلفة المضمون [2].

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٦.

٢ـ كما هو الحال في باب الأذان والاقامة، فلاحظ فإنّ الروايات هناك مختلفة جدّاً.

٢ـ انّ قوله «لا يصلح له ذلك» [١] وقوله «لم يصلح حتى يقبض» [٢] وقوله «ولا يعجبني» [٣] والتعليل بقوله «فإن هو قبضه فهو أبرأ لنفسه» [٤] سواء جعلناه راجعاً لمورد التولية أو الأعم، كلّها أمارة الكراهة.

٣ـ انّ لسان أكثر الروايات جوازاً ومنعاً هو قوله: «لا بأس»، ويكون مفهومه في خلافه بأس وهو أنسب للكراهة.

وتوهّم أنّه لو كان الحكم هو الكراهة، فلماذا أوصى النبي الأكرم والي مكة أن يبلغه إلى أهل الله، فإنّه يناسب الأمر المحرّم، مدفوع بأنّه من المحتمل أن تكون وصايا النبي أُموراً كثيرة متنوّعة فيها الواجب والحرام، والمكروه والمستحب كما في عهد الإمام علي لمالك فلم ينقل منه إلاّ القليل.

ولعلّ القول بالكراهة أظهر وأوفق بالقواعد خصوصاً بالنظر إلى أنّ المعاملات أُمور عقلائية والبيع قبل القبض من الأُمور الدارجة بينهم، فتحريمه يحتاج إلى بيان قاطع، نعم كونه رائجاً لا يخالف الكراهة كما لا يخفى.

وحصيلة البحث، هو أنّ ما أفاده الشيخ الأعظم من تقييد الروايات المانعة بالمجوّزة، وإن كان مطابقاً للصناعة، وبذلك يرتفع التعارض بين المجوّزة والمانعة غير أنّ هناك عقدة لم يُحلّها وهي أنّ بين الروايات المانعة كموثقة عمّار وخبر شعيب بن واقد [٥] ما يركّز على قوله: «لم يقبض ولم يضمن» على نحو يدل على أنّ هذا تمام الموضوع وحمل المطلق على المقيّد وإن كان مطابقاً للصناعة لكن مجراه هو الأحكام، لا التعليلات وبيان الملاكات فلم نعهد فيها هذه الصناعة

---

١ و ٢ و ٣ و ٤ ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥، ٩، ١٦، ١٨.
٥ـ المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦ و ٨.

فلو حمل ذلك على المكيل والموزون، يكون الملاك هو القسم الخاص ممّا لم يضمن ولم يقبض هذا من جانب.

ومن جانب آخر انّ الحكم بالتحريم في مطلق ما لم يضمن ولم يقبض لم يقل به أحد، فلا مناص عن اختيار الكراهة في مجموع الروايات على مراتبها من الضعف إلى الشدة، فهو في مطلق ما لم يقبض مكروه، وفي المكيل والموزون منه أشدّ، وهو في قسم الطعام منه آكد ممّا سبق، ولأجل ذلك يكون الجمع الذي قام به السيد الأُستاذ أوفق بلسان الروايات.

المسألة السابعة: في اختصاص الحكم بالمبيع الشخصي وعدمه؟

سواء أقلنا بكراهة البيع قبل القبض أم بحرمته، فالظاهر عمومية الحكم للكلّي أيضاً، وذلك لتعلّق الحكم ببيع مالم يقبض أو ربح مالم يضمن، وهما يعمّان الشخصي والكلّي، على أنّ في بعض الروايات ما يستفاد منه الاطلاق نظير رواية سماعة، قال: سألته عن الرجل يبيع الطعام أو الثمرة وقد اشتراها ولم يقبضها ؟ قال: لا حتى يقبضها[1].

على أنّ كون المبيع شخصياً يندر في مثل الطعام في المجتمعات الكبيرة.

المسألة الثامنة: هل المنع يشمل الثمن أو لا؟

هل المنع كراهة وتحريماً يختصّ بالمبيع أو يشمل الثمن؟ قال الشيخ الطوسي:

١ـ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٥ .

الثمن إذا كان معيّناً يجوز بيعه قبل قبضه ما لم يكن صرفاً. وإن كان في الذمة أيضاً يجوز، وقال الشافعي، في المعين: لا يجوز قولاً واحداً، وفي ما في الذمّة قولان. دليلنا الآية: ﴿أحلّ الله البيع...﴾ ودلالة الأصل وجواز التصرّف والمنع يحتاج إلى دليل، وروى سعيد بن جبير عن ابن عمر أنّه قال: كنت أبيع الابل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه؟ فقال رسول الله ﷺ: لا بأس أن تأخذها ما لم تفترقا وبينكما شيء [1].

يلاحظ عليه: أنّ الاستدلال باطلاق الآية فرع عدم الاطلاق في المقيّد، أعني: روايات الباب، وأمّا دلالة الأصل فالأصل في المعاملات هو الفساد لا الصحّة، وهذا أصل غفل عنه أكثر المتقدمين، فقاسوا المعاملات بالشبهات التكليفيّة، نعم لو كان البحث مركّزاً على الحرمة التكليفية المحضة لكان للاستدلال مجال، لكنّه لا يثبت إلاّ الحلّية لا آثار البيع، لاستلزامه أن يكون الأصل مثبتاً، وأمّا خبر ابن عمر، فهو خارج عن مورد الاختلاف، حيث إنّه فيما باع الثمن من الغير لا ممّن هو عليه.

هذا وربّما يستدلّ على العكس وهو شمول الحكم للثمن بما رواه يعقوب بن شعيب: انّه قال: سألت أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ عن الرجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل، فلمّا بلغ ذلك الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ منّي طعاماً، قال: لا بأس، إنّما له دراهمه يأخذ بها ما شاء [2].

يلاحظ على الاستدلال: بأنّه من باب البيع ممّن هو عليه، ومصبّ الخلاف

١ـ الطوسي: الخلاف: ٣/ ٩٩، المسألة ١٦١.

٢ـ الوسائل: ج ١٣، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

هو البيــع من غيره على أنّ الثمن هنـا ليس مبيعاً في العقـد الثاني، بل ثمــن أيضاً بشهادة قوله: «يأخذ بها».

والأولى الاستدلال بموثقة عمّـار وشعيب بن واقد، حيث إنّ الموضوع فيهما «ما لم يقبض أو لم يضمن» وهما يعمّـان كـل غير مقبوض لأنّ الثمن كا لمثمن غير مضمون للبائع ما لم يقبض .

عمومية الحكم لمطلق المعاوضة:

إذا اشترى ما لم يقبـض، فقد عرفت حكـم بيعه في هذه الحالـة، فما حكمه إذا جعلـه ثمنـاً أو عوضـاً في الصلح، أو أُجـرة لـلاجـارة، فهل يعـمّ الحكم لهذه الصـورة؟ فقد نقل الشيـخ كلمات العلاّمـة في التـذكرة والشهيـد واستظهر فيـه وجهين، فلو عمّ الحكم لهذه الصورة يكون المراد من البيع في عنوان المسألة مطلق المبادلة .

ولكن الظاهر اختصاص الحكم بـا لمبيع، وعدم ورود كلمة سواه، اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ الملاك للنهـي عن البيع هـو عدم الضمان قبل القبـض فهو مـوجب للمنع عن مطلق الانتقال، فكأنّ الشارع منع من انتقال ما لم يضمنه الناقل، سواء أنقله بالبيع أو بـالصلح، فا لملاك عدم ضمان الناقل وعـدم قبضه من غير نظر إلى آلة النقل.

ثمّ هناك فرعـاً آخر، هو أنّه كان الكلام ــ فيما سبق ـ فيما إذا انتقل المتاع إلى الشخص بـالبيع، وتكلمنـا في نقلـه إلى الغير قبل القبض بـالبيع وغيره، وأمّـا إذا انتقل إليه بـالارث والصداق، والخلع ولكنّه لم يقبض ويريـد أن يبيع، فهل يعمّه

الحكم أو لا؟ والظاهر عموميّة الحكم لصدق بيع الشيء قبل قبضه.

والفرق بين المسألة السابعة (مطلق المعاوضة) وهذه المسألة واضح، ففي الأُولى انتقل المتاع إليه بالبيع، و هو ينقله إلى الغير بغير البيع، فلقائل أن يقول بعدم الشمول لاختصاص الروايات بالبيع وإن احتمل الشمول لأجل موثقة عمّار.

وفي الثانية انتقل إليه بغير البيع، لكنّه ينقله إلى الغير بالبيع فشمول الروايات لهذه الصورة أوضح من السابق.

وإلى القسم الأخير أشار الشيخ بقوله:

«نعم لو ورث ما اشترى ولم يَقبض.

أو أصدقه.

أو عُوِّض عن الخلع،

جرى الخلاف في بيعه».

وعبارة الشيخ الأنصاري غير خالية عن التعقيد، وعلى النحو الذي حرّرناه يظهر المراد، وهو أنّه إذا انتقل الشيء الذي يريد بيعه إلى شخص بالارث، كما إذا اشترى من أبيه شيئاً ومات الأب قبل القبض وهو يريد بيعه قبله، أو انتقل بالصداق كما إذا أصدق الرجل شيئاً لزوجته، ولم يقبضه إياها، و لكنّها تريد بيعه، أو جعلت زوجة رجل عيناً عوضاً عن الخلع والزوج يريد بيعه قبل قبضه[1].

١ـ رحم الله الشيخ الأنصاري رحمة واسعة، ولكنّه لم يرحم أحداً من قرّاء كتابه بهذه العبارات المعقدة.

المسألة التاسعة: لو دفع الدراهم إلى من له عليه طعام لاشترائه:

لو دفع إلى من لـه عليه طعام، دراهم، وقال: اشتر بها لنفسك طعـاماً، فيه وجهان:

١ـ لا يصحّ ،لأنّ مقتضى المعاوضة أن يـدخل المعوض (الطعام) في ملك من (صاحب الدراهم) خرج العـوض عن ملكه، فكيف يمكن أن يملك العاقد الطعام وهو غير مالك للدارهم.

٢ـ يصح للنص [1] وإن كان مكروهـاً ووجّهه الشيخ «بأنّه مـن قبيل ما إذا اشترى لنفسه بمال الغير فـإنّه يقع البيـع فضولاً فإذا قبضـه فأجـاز المالك الشراء والقبض، تعيّـن له. وحيـث كان استمراره بيد المشتري قبضاً فقـد قبض ماله على مالك الطعام».

وهذا الوجه مبنيّ على كون اللام في «لنفسك» للتمليك.

ويمكن تـوجيهه بـوجه آخـر ، وهـو أنّه يـوكل المشتري في أن يشتريه لـه، ويقبضه عنـه، ثم يستوفي دينـه من مال البـائع، وهذا أظهـر وتكون الـلام عندئذ للانتفاع.

ثمّ إنّه ربّما أورد النقض على القاعدة المعـروفة من دخول المعوض، في ملك من خرج العوض عن ملكه بوجهين:

١ـ انّ المعاطاة مفيدة لاباحة التصرّف عند المتقدمين، وعليه فالثمن باق في ملـك المشتري. والمبيع في ملـك البـائع، لكن يجوز للبـائع أن يتصرّف في الثمـن

١ـ الوسائل: ج ١٣، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ١ و ٢.

ويشتري لنفسه شيئاً فالثمن خرج من ملك المشتري والمثمن دخل في ملك البائع.

٢ــ بما ذكروه من أنّ من اشترى المغصوب عالماً، يبقى الثمن في ملك المشتري، ومع ذلك يجوز لبائع المغصوب التصرّف في الثمن الذي أخذه مع بقائه في ملك المشتري.

هذا إذا كان المبيع مغصوباً، ومثله إذا كان الثمن مغصوباً فالمشتري أن يشتري بالمبيع جارية ويتمتع بها.

وقد أجاب الشيخ عن النقض الأوّل بما هو المعروف في باب المعاطاة، من دخول المال آناً ما قبل التصرّف في ملك المتصرّف، وعن النقض الثاني، بأنّ المشتري العالم بالغصب ملّك الثمن للبائع مجاناً لعلمه بأنّه لا يملك المثمن.

ولكن الظاهر أنّ أصل الحكم لايخلو من ابهام إلاّ إذا علم رضا صاحب الثمن بالتصرّف سواء أملك المغصوب شرعاً أم لا.

❁ ❁ ❁

المسألة العاشرة: لو طالب المتاع في غير بلد الاستحقاق:

لو كان له على غيره طعام فطالبه في غير بلد الاستحقاق فهل عليه وجوب الوفاء إذا كان بلد الاستحقاق مغايراً مع بلد المطالبة؟ للمسألة صور ترجع إلى اختلاف الأسباب في اشتغال ذمّته بالطعام لأنّ السبب تارة يكون: بيع السلف، وأُخرى: الاستقراض، وثالثة: الغصب وإليك الكلام في كل واحدة مستقلة:

المسألة الأُولى: أن يكون المال سلماً، بأن أسلفه البائع طعاماً في العراق

وطالبه المشتري في المدينة فالبائع هو المسلف إليه، والحنطة هو المسلف فيه والمشتري هو المسلِف، وذلك لأنّ السلف عبارة عن ابتياع مال مضمون إلى أجل معلوم بمال حاضر أو في حكمه، فيبتدئ المشتري بقوله: «أسلمت إليك أو أسلفتك كذا في كذا إلى كذا، ويقول البائع: قبلت. فيكون المشتري هو المسلِف، والبائع هو المسلَف إليه».

وهذا من خصائص السلف حيث يكون الإيجاب من المشتري والقبول من البائع، وقد امتاز به عن سائر أفراد البيع وشارك الصلح. وعلى ضوء هذا ففي تلك المسألة صور:

١ــ إذا شرط في نفس العقد التسليم في البلد الثاني، فلا شك في صحّة المطالبة ولزوم الدفع.

٢ـ إذا لم يشترط في العقد وطلب نفس الطعام فيه فلا يجب الدفع.

٣ـ إذا قال: أدفع قيمة الطعام، أي قيمته في البلد الثاني فلا يجب، كنفس الطعام إذ العقد منصرف إلى بلد الاستحقاق، وهو بلد العقد، لا بلد المطالبة، فلا شك في عدم وجوب أدائه لا مثلاً ولا قيمة في ذلك البلد.

٤ـ ولو قال المسلف (المشتري):ادفع قيمة بلد الاستحقاق (العراق) [١] فله صورتان: إمّا أن يتراضيا أو لا.

أمّا إذا رضيا ، فلا إشكال لوجود التراضي بالفرض،وربّما يستشكل عليه من جانب القواعد الشرعية، وهو أنّه من قبيل «بيع ما لم يقبض لأنّه باع الطعام الذي في ذمّة البائع منه بقيمة بلد الاستحقاق» و إن قلنا: إنّهما من قبيل المبادلة، فهي

١ـ هذا هو المراد من قول الشيخ: ولو طالبه في ذلك البلد بقيمته في بلد وجوب التسليم.

أيضاً ممنوعة ، إذا قلنـا بعمومية المنع، عمّـا لم يقبض سواء كان بيعـاً أم مبادلة فإنّه من قبيل مبادلة الطعام غير المقبوض بالقمية.

ثمّ إنّ الشيخ أراد دفـع الاشكال بأنّـه يمكن أن يكـون من باب بيـع الثمن بالطعام فكان المسلـف إليه (البائع) يبيع الدراهم، بالطعـام الذي في ذمته الذي هو للمشتري، وبما أنّ الشيخ قال باختصاص التحريم بالثمن، فالطعام وإن كان غير مقبوض للمشتري، ولكنّه لا مانع من جعله ثمناً.

يلاحظ عليه: أنّ المتبادر في أمثال المقام هو كـون الطعام مثمناً لا ثمناً على أنّك عرفت أنّ النهي يعمّ كل ما لم يقبض سواء كان مثمناً أو ثمناً.

والذي يسهّل الخطب أنّ الـروايات منصرفة عن بيع مـا لم يقبض ممّن هو في ذمته، أضف إلى ذلك وجود الروايات الخاصّة الدالّة على الجواز.

منها: موثقـة ابن فضـال: كتبت إلى أبي الحسن ـ عليه السلام ـ : الرجل يُسلفني في الطعام فيجيئ الوقت وليس عندي طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم [1].

منها: مرسلة أبان بن عثمان عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله ـ عليه السلام ـ : في الرجل يسلم الـدراهم في الطعام إلى أجل فيحل الطعام ، فيقـول: ليس عندي طعام، ولكن انظر ما قيمته فخذ منّي ثمنه؟ فقال: لا بأس بذلك [2].

وأمّا إذا لم يرض المسلم إليه، فهل يجوز اجباره أو لا ؟ وجهان:

ألف: لا يجوز، لأنّ في ذمّته الطعام لا القيمة.

ب: يجوز ، لأنّ الطعام الذي يلـزمه دفعه معدوم (في المدينـة) فكان كما إذا عدم الطعام في بلـد يلزم التسليم فيه، وأوضحه الشيخ بقولـه: إنّ التقصير متوجّه

---

١ و ٢ـ الـوسائل: ج ١٣، الباب ١١ مـن أبواب السلف، الحديث ٨و ٥، ونقل المحقّـق المامقاني في تعليقته على المقام روايات أُخرى، فلاحظ: ص ٢٣٦.

إلى المسلم إليه لغيبته عن بلد التسليم، إذ لـو كان فيه لدفعه إلى نفس المشتري أو إلى وكيله أو وليه.

وما ذكره متين بشرط أن لا يكـون البائع معسراً في بلد المطالبـة ولا متضايقاً ومتضرّراً من دفع قيمة بلد الاستحقاق.

٥ـ ولو كان الطعام في البلدين متساوي القيمة فالظاهر وجوب دفع الطعام عليه، لعدم تعذّر الحق بالشرطين الماضيين.

المسألة الثانية: ما يكون عليه قرضاً، وله صور:

١ـ إذا طالب المثل مع كون الطعام في بلد المطالبة أغلى من بلد القرض فلا شك في عدم وجوب الاجابة، لأنّه إنّما يستحقّ المثـل في بلد القرض، فالزامه به في غيره، إذا كان غالياً اضرار.

٢ـ إذا طـالب قيمة ما في الذمّـة بقيمة بلد القرض فـالظاهر وجوبـه عليه مطلقاً إذا لم يكن معسراً ولا متضرّراً.

٣ـ لـو طالب المثل ولم يكن هنـاك اختلاف بين القيمتين فالظاهـر وجوب الاجابة إذا لم يكن معسراً ومتضايقاً من دفع المثل.

٤ـ لو تعـذّر المثل في بلد الاستحقاق، فهل يستحق المثل في بلـد المطالبة؟ أو يجب الصبر ؟ وجهان.

المسألة الثالثة: أن يكون الاستقرار من جهة الغصب فالظاهر جواز المطالبة بـا لمثل في جميع الصـور، وذلك للفرق بين السلـف والقرض، وبين الغصب، فـانّ الأوّلين ينصرفان إلى بلـد الاستحقاق بخـلاف الغصب، وما ذكـره الشيخ الأعظم من أنّ ما في ذمتـه هو الطعام الموصـوف بكونه في ذلك البلـد، أمر عجيب، إذ لم

تشتغل ذمته إلاّ بنفس الشيء، والبلد ظرف الغصب، وليس قيداً للمغصوب، وتصوّر أنّه إذا كان المثل في بلد المطالبة أغلى من بلد الغصب بكون ايجاب المثل مخالفاً لقوله سبحانه: ﴿فاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ ما اعْتَدَىٰ عَلَيْكُم﴾ [1] غير تام.

لأنّ الآية راجعة إلى القصاص لا الضمان، وعلى فرض استفادة الحكم منها، فالمقصود هو المماثلة من حيث الجنس والصفة والكمية لا القيمة السوقية التي هي أمر اعتباري يختلف حسب الأوقات والأمكنة وتضرّر الغاصب بايجاب المثل، غير مضر لأنّه الباعث له.

نحمده سبحانه ونشكره على أن منَّ علينا باتمام دراسة أحكام الخيارات والشروط وأحكامها وأحكام النقد والنسيئة والقبض وتمّ تحرير ذلك عشية يوم الثلاثاء الثامن عشر من شهر رجب المرجّب من شهور عام ١٤١٣ في قمّ المحمية.

كتبه ببنانه العبد الفقير جعفر السبحاني ابن الفقيه الحاج الشيخ محمد حسين الخياباني التبريزي ـ عاملهما الله بلطفه الخفي ـ.

اللّهمّ اجعل هذه الصحائف لنا ذخراً ليوم لا ينفع فيه مال ولا بنون، واجعل أعمالنا خالصة لوجهك الكريم واجعلنا من حماة دينك والعاملين بشريعتك آمين يا ربّ العالمين.



١ـ البقرة/ ١٩٤.

فهرس الكتاب

فهرس الكتاب

الموضوع	الصفحة

الفصل الثاني
خيار المجلس

الفصل الثالث
خيار الحيوان

الفصل الرابع
خيار الشرط

الفصل الخامس
خيار الغبن

الفصل السادس
خيار التأخير

الفصل السابع
خيار الرؤية

الفصل الثامن
خيار العيب

الفصل التاسع
في تفسير الأرش

الفصل العاشر
شروط صحّة الشرط

الفصل الحادي عشر
في أقسام الشروط وأحكامها

الفصل الثاني عشر
الكلام في أحكام الخيار

الفصل الثالث عشر
أحكام النقد والنسيئة

الفصل الرابع عشر
القول في حقيقة القبض